

Scappellato Memorie 175

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA CXXV

125

IG 1/2 Pelle

MARINO BIN

LA DISEREDAZIONE

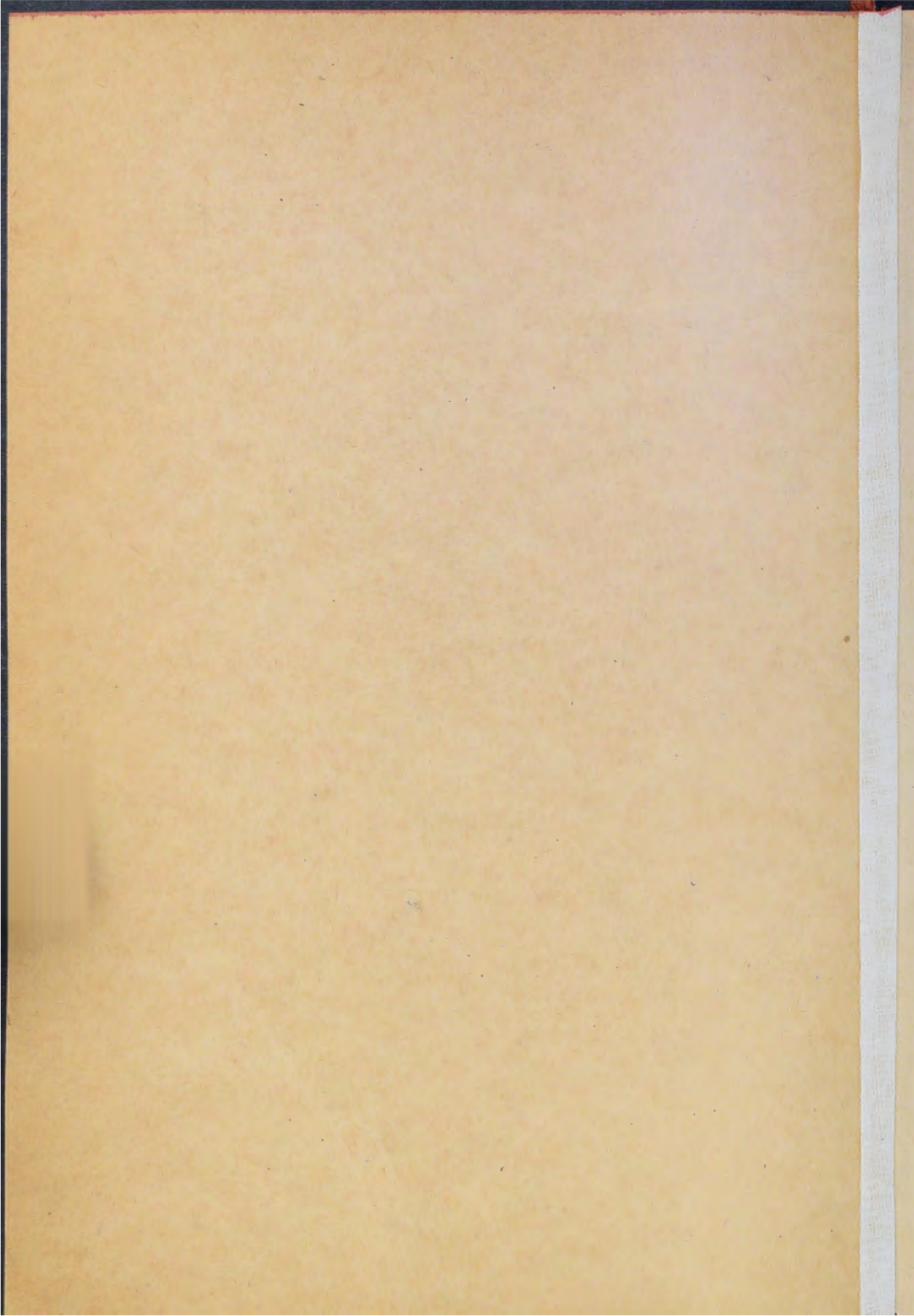
CONTRIBUTO ALLO STUDIO
DEL CONTENUTO DEL TESTAMENTO



inventario - ministeriale

N. 382/1

G. GIAPPICHELLI — EDITORE — TORINO



LA DISEREDAZIONE

FOR 004364

Scaffale Memorie

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA CXXV

MARINO BIN

LA DISEREDAZIONE

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL CONTENUTO DEL TESTAMENTO



FIT 20236



Inventario - Ministeriale

- No. 38241 -

G. GIAPPICHELLI — EDITORE — TORINO

PROPRIETA LETTERARIA RISERVATA

INTRODUZIONE

Nella ricerca, che nonostante la particolarità del dato iniziale è destinata a investire alcuni punti centrali della tradizionale sistematica del negozio d'ultima volontà, confluiscono due problemi di diverse dimensioni, ma suscettibili di trovare reciproca integrazione nel contesto di un esame comune.

Il problema di fondo riguarda l'esatta individuazione e delimitazione del « contenuto patrimoniale » (art. 587, comma 1, c. civ.) del testamento. Secondo la corrente visuale, detto contenuto — e con esso ogni possibile regolamento privato della vicenda successoria tecnicamente intesa — si esaurirebbe nelle tassative forme dell'istituzione di erede e del legato; il concetto di « disposizione », su cui è imperniata la definizione dell'art. 587, primo comma, non esprimerebbe che una sintesi di queste due figure tipiche; nel quadro complessivo del potenziale contenuto del negozio *mortis causa*, esse si porrebbero in esclusiva antitesi con le « disposizioni di carattere non patrimoniale », richiamate dal capoverso dell'art. 587 ⁽¹⁾. Al centro dell'indagine viene invece a collocarsi il dubbio, che simile dogma — pur dalla dottrina tralatizamente quanto assiomaticamente accettato —

(¹) Pur rappresentando un pregevole tentativo di ascrivere nuovo significato a quest'ultima contrapposizione normativa, anche la lettura dell'art. 587 recentemente suggerita da GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954 (un compendio delle conclusioni a p. 333-334), non si scosta, per ciò che concerne l'intelligenza della prima parte del testo legale, dall'opinione comune.

non sia in realtà sorretto da un'adeguata analisi del materiale legislativo ⁽²⁾. E il dubbio si riallaccia alla constatazione che il dominante insegnamento, se innegabilmente risponde a una descrizione macroscopica del nucleo essenziale del fenomeno testamentario in senso « tipico » ⁽³⁾, sembra peraltro rivelarsi nell'ambito del fenomeno stesso insufficiente alla corretta costruzione di talune ipotesi forse marginali, ma certo assai significative sul piano del sistema.

Tra queste — per l'interesse pratico congiunto, soprattutto nelle sue talora insospettate incidenze, alla relativa e controversa questione di disciplina — fa precisamente spicco la c.d. « diseredazione »: cioè la fattispecie, onde traggono spunto e filo conduttore le riflessioni che seguono.

Non di meno la scelta del particolare istituto, insieme quale oggetto immediato della trattazione e quale posto di osservazione scientifico sul problema generale, obbedisce anche a un'ulteriore indicazione. Essa deriva dalla singolare predisposizione, che l'istituto medesimo palesa, a porsi come banco di prova per l'ap-

⁽²⁾ Occorre d'altronde rilevare che in argomento — a differenza di quanto avvenuto per altri profili dell'atto *mortis causa* e dell'atto *post mortem*, cui un originale ripensamento ha assicurato il citato volume di Giampiccolo — le posizioni dottrinali mancano da tempo di un'ampia e meditata verifica. Dell'indagine di LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, ediz. provv., Milano, 1965, peraltro assai diversamente orientata rispetto alla presente, si è purtroppo avuta conoscenza soltanto durante la correzione delle bozze: non se ne è perciò potuto tener conto che limitatamente agli aspetti essenziali e per via di addizioni.

⁽³⁾ Per usare la terminologia di GIAMPICCOLO, *op. ult. cit.* Al proposito, in dottrina talora si parla anche di testamento « in senso ristretto », contrapposto a un concetto di testamento in senso ampio (CICU, *Testamento*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 10); altri distingue, invece, tra « testamento in senso sostanziale » e « testamento in senso formale » (GANGI, *La successione testamentaria*, I, 2ª ed., Milano, 1952, p. 31; cfr., anche ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, s.d., ma 1957, p. 103).

profondimento dei delicati profili della teoria del negozio patrimoniale *mortis causa* cui s'è appena accennato ⁽⁴⁾. Di quest'ultima problematica, infatti, uno studio sull'« esclusione » testamentaria coinvolge i temi fondamentali: dalla radicata convinzione che l'unico possibile atteggiarsi del cosiddetto « contenuto tipico » del testamento risieda nella « positiva attribuzione » di beni; alle altre aprioristiche componenti dell'impostazione restrittiva, che risalgono a certi postulati per forza d'inerzia sopravvivenuti, ad esempio, in materia di rapporto di « valore » tra testamento e vocazione legale, e di limiti di rilevanza della autonomia negoziale *mortis causa*.

Si tratta, d'altronde, di un'interferenza agevolmente spiegabile, ove si consideri che appunto quelle ora indicate costituiscono le posizioni di pensiero le quali, a proposito della disposizione d'esclusione, hanno sino ad oggi impedito alla nostra civilistica di accogliere — sulle orme di una soluzione non solo uniforme in altri ordinamenti « continentali », ma anche in Italia ormai lucidamente intuita dalla giurisprudenza — il naturale schema costruttivo, basato sull'idea di un'efficacia « negativa » del negozio testamentario. Sicché proprio ad esse pare vadano senz'altro ricondotte le difficoltà, che la nostra dottrina attualmente incontra in merito al trattamento della disposizione.

Se dunque già una viva esigenza di chiarificazione sistematica suggerisce di rivedere, mediante un esame condotto sulle

(4) Da questo punto di vista, la scelta può richiamare alla mente una tra le note istanze del c. d. *problem method*. V., da ultimo, GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 942, il quale sottolinea come, fra l'altro, detto metodo implichi appunto che non si pongano, a dato iniziale dell'indagine, « problemi troppo generali, come tali tendenzialmente astratti; ma problemi particolari, per poi risalire, se mai, a quelli generali ». Si tratta, per la verità, di un suggerimento che potrebbe risultare spesso valido non solo con riguardo agli studi comparatistici, ma anche a quelli di « diritto interno ».

norme, il fondamento delle opinioni in parola; simile revisione rappresenta nel contempo il necessario punto di partenza per una compiuta qualificazione della fattispecie della diseredazione, nonché per un'esauriente soluzione dei problemi pratici ad essa collegati. E l'accostamento dei due ordini d'interessi segnalati sembra offrire, all'intero discorso, una stimolante quanto realistica prospettiva.

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELLA DISEREDAZIONE

SOMMARIO: 1. Il moderno dibattito sulla « diseredazione »: motivi, oggetto, termini. — 2. Orientamento realistico della giurisprudenza e posizione scettica della dottrina circa la validità di una disposizione testamentaria di mera esclusione. Le alternative in sede di costruzione della figura. — 3. Impostazione secondo il principio « *exclure, c'est instituer* ». I due aspetti « interni » della teoria e le possibili obiezioni. — 4. a) Testamento *per relationem* e « rinvio » alla legge. — 5. b) La presunta « dichiarazione implicita di volontà » in rapporto all'intento effettivo del testatore. — 6. Limiti e insufficienza della formula sotto il profilo pratico-funzionale. Necessità di una costruzione autonoma della disposizione d'esclusione. — 7. L'insegnamento dell'esperienza straniera: soluzione del problema nella dottrina e giurisprudenza dei Paesi di *civil law*. — 8. Le prospettive aperte dalla teoria della « disposizione testamentaria negativa ». Il rifiuto dei giuristi italiani. Ragioni per un approfondimento del discorso. — 9. Superamento di una pregiudiziale al riguardo: l'argomento storico contro l'ammissibilità dell'« esclusione » testamentaria. Significato dell'*exhereditatio* e del suo processo di limitazione in diritto romano; estraneità rispetto alla problematica del testamento « negativo ». — 10. La « diseredazione » tra il diritto intermedio e le codificazioni. — 11. La disposizione di mera esclusione di fronte al *droit coutumier*, al sistema del *Code Napoléon*, a quello del nostro codice civile. Reversibilità dell'argomento storico.

1. — Nel nostro diritto successorio il dibattito sulla « diseredazione », se ha perso a seguito delle mutate prospettive sistematiche l'originario e tradizionale significato ⁽¹⁾, ha nondimeno

⁽¹⁾ La codificazione italiana, infatti, ha non solo ribadito la soppressione dei due principi romanistici dell'*heredis institutio caput et funda-*

trovato nuovo riferimento, e nuovo incentivo, nella figura della disposizione testamentaria integrante mera esclusione di un designato *ex lege* dalla successione legittima semplice ⁽²⁾. La considerazione di questa ipotesi, in effetti, rivela un vuoto lasciato aperto — dal codice civile italiano come da quello francese — tra i due fondamentali principi dell'intangibilità della « riserva », e della piena libertà di « preterizione » ⁽³⁾ del successibile legittimo in ordine alla « disponibile » (cfr. art. 457 c. civ. it.). Appare cioè privo di risposta nei detti codici ⁽⁴⁾, l'interrogativo se il testatore — pur fuori dal campo di azione della successione « necessaria » ⁽⁵⁾ — abbia facoltà di restringersi a pronunziare esclusione del succes-

mentum totius testamenti, e della necessità di espressa *exheredatio* in caso di mancata istituzione di certe categorie di successibili, ma altresì abolito — sulle tracce del *code Napoléon* e a differenza di altri ordinamenti contemporanei — l'istituto della « diseredazione » dei legittimari.

⁽²⁾ Risulta chiaro come si sia in presenza di una figura assai distante da quella nota alla tradizione, ad onta di certe apparenze nominalistiche. Su una discussione terminologica — a proposito della qualifica di *exhérédation* o *exclusion* da attribuire all'istituto moderno — ama ciò nonostante intrattenersi, con risultati naturalmente sterili, la dottrina francese: cfr., per tutti, KUHN, *L'exhérédation en droit civil français*, Paris, 1943, p. 33-34, in polemica con Lambert; a ragione già ADAM, *De l'exhérédation en droit français*, Nancy, 1902, p. 2, in nota, definiva la questione una pura « *querelle de mots* ».

⁽³⁾ Il termine è qui inteso nel senso generico di « esclusione di fatto » dalla successione conseguente ad un'attribuzione testamentaria in favore altrui: come risaputo, in un'accezione particolare si parla invece di « preterizione » in tema di divisione testamentaria (cfr. art. 735 c. civ., e, ampiamente, MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 105 ss.); mentre un preciso e circoscritto significato tecnico la categoria assumeva in diritto romano.

⁽⁴⁾ Al contrario di quanto avviene nel *B.G.B.*, ove il vuoto è colmato dal § 1938.

⁽⁵⁾ In verità del tutto ignorato è stato sinora anche l'ulteriore quesito, di quale sia esattamente la sanzione giuridica contro una disposizione testamentaria volta ad escludere il legittimario dalla stessa « legittima ».

sibile senza contestuale positiva disposizione globale dei propri beni; e più in generale, se sia possibile, sotto l'aspetto tecnico, staccare ed isolare simile « esclusione » da eventuali positive attribuzioni, dirette o indirette, che l'accompagnino, esprimendola come disposizione logicamente autonoma e ad efficacia indipendente ⁽⁶⁾.

Va subito precisato che non si tratta di un interrogativo di portata puramente teorica. Assai semplicistica sarebbe, al proposito, l'osservazione che il testatore può sempre realizzare lo scopo di escludere un erede legittimo dalla successione, disponendo delle proprie sostanze in favore di terzi ⁽⁷⁾. Invece la rilevanza pratica del tema emerge con chiarezza da un'attenta analisi circa le varie possibili applicazioni della clausola ⁽⁸⁾; e dalla stessa esperienza di quegli ordinamenti, ove la circostanza che non se ne controverte la validità ha della clausola medesima

⁽⁶⁾ V. anche PINO, *La esclusione testamentaria dalla successione legittima*, Roma, 1955, p. 5. Si avrà modo di constatare nel corso dell'indagine, che è in definitiva proprio l'ultimo punto a costituire, sotto il profilo sistematico, il centro di gravità del problema.

⁽⁷⁾ Simile rilievo ha talora portato a confondere affrettatamente, dal punto di vista dei poteri del testatore, due figure per contro assai diverse nella sostanza (cfr. già LOSANA, *Le disposizioni d'estrema volontà per via d'esclusione*, in *Rolandino*, 1905, p. 345), quali la « diseredazione » in senso tecnico e la semplice « preterizione » (o esclusione di fatto) del successibile legittimo. Nella confusione cadevano scopertamente, ad esempio, PLANIOL-RIPERT, ancora nell'11^a ed. del *Traité élém. de droit civil*, III, Paris, 1937, p. 391, n. 1735, laddove si giustificava l'assunto, per cui il testatore non potrebbe più oggi diseredare ma solo lasciare i beni ad altri (quando non c'è riserva), in base all'equivoca affermazione che « contro chi non è riservatario, la diseredazione è inutile; contro il riservatario, è impensabile » (il passo risulta ora soppresso — forse in seguito all'esatta critica di KUHN, *op. cit.*, p. 35 — nella rifusione del *Traité* ad opera di Ripert e Boulanger: cfr. vol. III, 4^a ed., Paris, 1951, p. 502, n. 1541).

⁽⁸⁾ Cfr. *infra*, cap. III.

permesso la più larga utilizzazione ⁽⁹⁾. Poi essa è documentata dalla relativa frequenza con cui, nella prassi, porgono occasione a giudicato testamenti nei quali l'autore s'è limitato a dichiarazioni del genere « diseredo il mio parente Tizio », o « escludo Tizio dalla mia successione », o « non voglio che Tizio riceva nulla dalla mia eredità », o anche « escludo Caio, mio legittimario, dalla disponibile », lo « riduco alla legittima », e simili. Laddove l'ultima volontà, giuridicamente espressa, risulta per l'un verso precisa ed imperativa, e per l'altro ovviamente non più integrabile o ulteriormente determinabile con formale aggiunta di disposizioni positive: sicché la questione non può che risolversi in una drastica scelta *a posteriori* tra il riconoscimento o il disconoscimento del precetto negoziale.

2. — La fattispecie pone dunque, per l'assenza di previsione legislativa, un delicato problema interpretativo. Ma solo un approfondimento delle vaste implicazioni sistematiche di tale problema consente di spiegare le ragioni del conflitto che in materia oggi separa, da noi, la giurisprudenza e la dottrina ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Si veda, per le soluzioni di principio, *infra*, n. 7; e, per le applicazioni, il cap. III.

⁽¹⁰⁾ Mette in risalto la rigida contrapposizione dei due orientamenti anche PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 6 ss.

Solo ultimamente la massiccia pressione dottrinale ha sortito qualche affatto sporadica (e del resto criticabile) adesione tra i giudici di merito: Trib. S. Maria Capua Vetere, 25 maggio 1960, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 369 ss. (però riformata da App. Napoli, 21 maggio 1961, cit. nella nota seguente).

⁽¹¹⁾ Dalla celebre sentenza della Cass. Napoli, 17 febbraio 1891, in *Foro it.*, 1892, I, c. 798 (e da quella precedente, ma passata quasi inosservata, di Cass. Torino, 14 gennaio 1879, in *Giur. torinese*, 1879, p. 369 ss., che pure definiva con acume una tipica ipotesi di disposizione d'esclusione, quella del coniuge dalla disponibile; il principio ivi affermato fu ripetutamente ribadito dalla stessa Corte: cfr., ad es., Cass. Torino, 1° aprile 1902, in *Giur. it.*, 1902, I, 1, c. 610), alle più recenti decisioni, di Trib. Lucca, 6 novembre 1953, in *Giur. tosc.*, 1954, p. 209 e App. Firenze, 9 settembre 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 48 ss. (nella nota causa Casonato

I termini della contrapposizione sono noti: mentre la giurisprudenza, forse più sensibile ad istanze di concretezza, continua d'ordinario ad assegnare piena efficacia alla disposizione di mera esclusione ⁽¹¹⁾, in conformità d'altronde (benché talora con nuove motivazioni) ad un indirizzo seguito in passato anche dalla quasi unanimità degli scrittori ⁽¹²⁾; la recente letteratura — salve rarissime eccezioni ⁽¹³⁾ — resta invece decisamente schierata

c. Massoni), e di App. Napoli, 21 maggio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 939 ss., è bensì mutata l'intonazione teorica, mai però la soluzione pratica. Tra le manifestazioni conformi, cfr. anche la massima di App. Brescia, 2 febbraio 1938, in *Foro Lombardia*, 1938, II, c. 62-63. Occorre però aggiungere che, a ben vedere, ancor più numerosi sono i casi nei quali la giurisprudenza da tempo perviene ad ammettere la validità dell'« esclusione » in modo implicito, e pur senza chiara consapevolezza del problema teorico (ragguagli *infra*, cap. III): si pensi, per esempio, alle molteplici decisioni che — secondo un orientamento ormai assolutamente costante — riconoscono efficacia alla volontà del testatore diretta ad escludere il legittimario, istituito o comunque beneficiario nel testamento, dalla successione sulla « disponibile » (cfr. *infra*, n. 44, nota 42). La circostanza segnalata, tra l'altro, richiama alla mente quanto scrive GORLA, *Offerta « ad incertam personam »* (*Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza*), in *Foro it.*, 1965, I, c. 435-436, a proposito dei « tesori di giurisprudenza nascosti (dietro alle massime) ».

⁽¹²⁾ Ad esempio (sempre muovendosi però nella sfera della teoria dell'istituzione implicita), BENETTIN, *Sulle disposizioni di ultima volontà fatte sotto forma di esclusione di eredi*, Padova, 1905, p. 12 ss.; N. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, Napoli, 1932, p. 53; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, II, 3^a ed. (agg. da Silvio Romano), Torino, 1940, p. 200; LOSANA, voce *Successioni testamentarie*, in *Digesto Italiano*, § 1, n. 9, p. 5 ss.; PACIFICI MAZZONI, *Codice italiano commentato, Delle successioni*, II, 2^a ed., Firenze, 1905, p. 65; POLACCO, *Delle successioni*, I, 2^a ed., Roma, 1937, p. 151 ss.; RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, III, 3^a ed., Torino, 1916, p. 214; VITALI, *Le successioni*, II, Napoli, 1924, p. 383 ss.. Ancora nello stesso senso SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, p. 200, nota 2.

⁽¹³⁾ TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria di eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, c. 749.



nel senso opposto, secondo l'asserto di una totale estraneità della figura in discussione al diritto vigente ⁽¹⁴⁾.

Certo, almeno in sede di prima valutazione, è l'orientamento dottrinale che non parrebbe legittimarsi né sul piano pratico, data la palese severità delle conseguenze, né sul piano teorico, per l'aperto e ingiustificato contrasto con il principio di autonomia negoziale, che nella fattispecie sembrerebbe postulare — in

Sfumata, ma sostanzialmente molto limitativa, la posizione di PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 21 ss., p. 25 ss., e di TORRENTE, voce *Diseredazione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 102 s.; i quali a. concordano ad ogni modo nel respingere la configurabilità di un'autonoma « efficacia negativa » del testamento.

⁽¹⁴⁾ Dopo lo studio di L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 228 ss. (che sviluppava un cenno di CICU, *Successioni legittime*, ivi cit., 1933, p. 14 s.) la tesi è andata prendendo sempre più piede: M. ANDREOLI, *Vocazioni isolate e concorrenti a titolo di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 329; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., Milano, 1947, p. 392; CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1941, p. 15, e *Le successioni, parte generale*, Milano, 1947, p. 149; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 10 s. Da ultimo, ancora L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 47 ss., e CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 385 ss.; inoltre: BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, p. 657; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 2, Napoli, 1958, p. 24 e 27; CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 273 (ripubblicato, con il titolo *Contratti e atti unilaterali (Note critiche)*, negli *Studi giur. in mem. di F. Vassalli*, I, Torino, 1960, p. 269 ss., a p. 278); L. COVIELLO jun., *Lezioni di diritto successorio*, Bari, 1958, p. 218 (ugualmente in *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 242); MENGONI, *Successioni per causa di morte (parte speciale)*, *Successione legittima*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1961, p. 15, nota 32; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, 9ª ed., Milano, 1962, p. 154; e infine C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 51, nota 78; ODORISIO, *Sulla cosiddetta diseredazione*, in *Temi*, 1965, p. 180 ss.; nonché la noticina di JEMOLO, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 504-505.

carenza di divieto normativo — completa tutela della volontà del testatore. Peraltro riesce abbastanza agevole comprendere a quale logica detto orientamento risponda. Esso risale, cioè, all'apparente impossibilità di reperire congrue soluzioni in ordine al problema costruttivo, che necessariamente si pone a chi voglia affermare la validità della disposizione d'esclusione.

Infatti l'esigenza di dare una costruzione esauriente alla c. d. « diseredazione » mette di fronte ad un'alternativa obbligata: o si riconosce in essa una disposizione testamentaria con efficacia meramente « negativa », direttamente ed unicamente esplicantesi nell'esclusione (del colpito) dalla vocazione ereditaria; o si segue il vecchio espediente di ravvisare nella stessa un'implicita istituzione a favore dei residui eredi *ex lege*. A parte queste due teorie, non è dato di intravedere per il problema altra anche virtuale via d'uscita. Sennonché, proprio mentre la riferita tendenza a scartare pregiudizialmente il primo corno del dilemma ha insinuato nella nostra civilistica la diffusa convinzione, che l'accettabilità della « esclusione » testamentaria stia o cada unicamente in funzione della seconda prospettiva ⁽¹⁵⁾: pure quest'ultima viene in realtà a trovarsi oggi al centro di serie contestazioni, e risulta anzi avviata verso un ormai definitivo abbandono. Non può quindi stupire che agli occhi della prevalente dottrina — assunto che entrambe le tesi urtino contro ostacoli concettuali insormontabili — il discorso costruttivo, da cui dovrebbero scaturire dimostrazione e giustificazione della rilevanza della fattispecie, si presenti invece come irrimediabilmente chiuso in un vicolo cieco.

Compito dell'interprete è, tuttavia, appunto di verificare se effettivamente esatte siano le premesse che stanno alla base di tale non troppo tranquillante conclusione. Dunque, per andare

⁽¹⁵⁾ Così recisamente, da ultimo, PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 25 ss.; TORRENTE, voce *Diseredazione*, cit., p. 102-103.

al fondo delle cose, un'indagine sul tema deve muoversi lungo due diverse direttrici.

Innanzitutto è indispensabile procedere ad un sicuro apprezzamento circa l'effettiva portata della soluzione di compromesso tradizionalmente compendiata nella formula dell'« istituzione implicita ». Poi, e segnatamente, problema sarà di rimeditare senso, valore e antecedenti logici della dominante impostazione, che stima preclusa dal sistema vigente ogni ulteriore e diversa possibilità di giungere ad un coerente inquadramento della disposizione d'esclusione.

3. — La necessità di un esame critico della teoria della istituzione implicita (la quale, sia detto subito, offre in realtà al problema della disposizione d'esclusione una risposta affatto inadeguata), s'impone allo scopo di ridurre la discussione ai suoi veri termini, estremi ma essenziali; dovendosi per altro verso rapportare al carattere non del tutto organico e compiuto delle contestazioni sinora sviluppate contro il trasparente — nondimeno per lungo tempo in voga nella nostra letteratura ⁽¹⁶⁾ e sempre utilizzato in Francia ⁽¹⁷⁾ — rimedio interpretativo ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Per la meno recente dottrina italiana si vedano gli a. citati retro, in nota 12. Nello stesso senso, ancor oggi, NOTARI, *Volontà testamentaria e diseredazione*, in *Riv. notar.*, 1957, p. 116; e, parrebbe, la massima di App. Firenze, 7 luglio 1951, in *Giur. tosc.*, 1952, p. 298.

⁽¹⁷⁾ Ove l'adagio « *exclure, c'est instituer* » è ormai divenuto (come nota BARRÈRE, *L'exhérédation, Le fondement du droit successoral français*, thèse, Toulouse, 1949, p. 250: lo scritto è stato consultato per gentile concessione dell'autore) una « clausola di stile ». Cfr., per le adesioni alla teoria in dottrina francese: ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 87 ss.; AUBRY-RAU, *Droit civil français*, X, 6^a ed. a cura di ESMEIN, Paris, 1954, p. 417; BARRÈRE, *op. cit.*, p. 240 ss.; BAUDRY LACANTINERIE, *Precis de droit civil*, III, 12^a ed. a cura di GUYOT, Paris, 1922, p. 615; BAUDRY LACANTINERIE e COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments*, II, Paris, 1896, p. 169; R. BEUDANT, LEREBOURSPIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Cours de droit civil français de Ch. Beudant*, VII,

Sostanzialmente, come risaputo, sulla scorta del principio « *exclure, c'est instituer* » si perviene ad un'attribuzione di efficacia nei confronti della clausola diseredativa mediante la « trasformazione », operata in via d'interpretazione tipica, della reale disposizione negativa in una presunta (implicita) disposizione positiva ⁽¹⁹⁾. Si parte, cioè, dalla congettura che ogni disposizione

Les donations entre vifs et les testaments, II, 2^a ed., Paris, 1934, p. 40; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 26 ss.; JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, III, Paris, 1930, p. 173; LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, Paris, 1895, p. 249, 254; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, IV, Paris, 1963, p. 802; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, V, *Donations et testaments*, 2^a ed. a cura di TRASBOT e LOUSSOUARN, Paris, 1957, p. 744; RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de droit civil de Planiol*, III, 4^a ed., Paris, 1951, p. 689; SAVATIER, *Cours de droit civil*, III, 2^a ed., Paris, 1951, p. 523; TAMON, *L'exhérédation a titre de peine dans l'histoire du droit français*, Paris, 1907, p. 113; VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, Paris, 1902, p. 308; inoltre LOUSSOUARN, voce *Legs*, in DALLOZ, *Encyclopédie juridique, Rép. de droit civ.*, III, Paris, 1953, n. 17, p. 34; e DALLOZ, *Nouveau Répertoire de droit*, III, 2^a ed., Paris, 1964, voce *Legs*, n. 5, p. 9. Analogamente, per diritto belga, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, 2, *Les testaments*, Bruxelles, 1947, p. 1052.

Da notare che, per la verità, nella versione più diffusa l'adagio viene espresso con la formula « *exclure, c'est disposer* » (probabilmente per la denominazione di *legs*, e non di istituzione, data dal codice francese alla disposizione « positiva » universale). In seguito si preferirà tuttavia sempre usare l'altra (e meno frequente) dizione, giacché, almeno letteralmente, la formula « *exclure, c'est disposer* » potrebbe sembrare paradossalmente coincidente con l'invece opposta idea, secondo cui anche la esclusione integra una vera « disposizione » (negativa) riguardo al proprio patrimonio.

⁽¹⁸⁾ Per la critica alla teoria v. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 386 (e già nella *Recensione* a Gangi, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 179); L. FERRI, *op. cit.*, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 52 s.; anche BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 392. Ma specialmente L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 229 ss.

⁽¹⁹⁾ Pone a ragione l'accento su questa sostanziale trasposizione — e

d'esclusione sottintenda sempre un'indiretta volontà di istituzione a favore degli altri eredi legittimi dell'autore, e appunto in quanto tale la si considera giuridicamente rilevante.

Ma l'apparente intuitività della soluzione sfuma ben presto al contatto di una seria valutazione. La quale non tarda in effetti a metterne in luce cospicui limiti sia nel piano dell'intrinseca correttezza della costruzione stessa, sia — e specie — su quello della necessaria congruenza tra strumento logico-formale prescelto e funzione pratica cui dovrebbe adattarsi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, due sono a prima vista gli ostacoli contro cui urta la teoria. Poiché è evidente che essa, individuando il contenuto della disposizione positiva valida nel rinvio all'ordinamento successorio legale (con detrazione dell'escluso), prospetta la dichiarazione diseredativa come assommanente nel contempo le qualifiche della manifestazione di volontà implicita e *per relationem* ⁽²⁰⁾. E una configurazione di questo tipo si rivela suscettibile di prestare il fianco ad un duplice ordine di obiezioni. Precisamente concernenti, cioè: *a*) l'ammissibilità di disposizioni testamentarie del genere « dispongo delle mie sostanze come per legge »; *b*) la fondatezza dell'indicata presunzione volitiva in rapporto all'atteggiamento psicologico normale (e a quello concreto) del testatore. Converrà iniziare, nell'esame della teoria, da queste riserve pregiudiziali.

4. — Non entrambe si segnalano, difatti, come parimenti meritevoli di accoglimento. In particolare non sembra da condividere il dubbio, pur recentemente avanzato, secondo cui già la prima tra esse potrebbe rivelarsi determinante per il rigetto

sull'incoerenza con cui viene talora effettuata — L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 244, 229.

⁽²⁰⁾ In dottrina, questo secondo aspetto passa d'ordinario inosservato; cfr. però, adesso, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 16, in nota.

della soluzione in esame ⁽²¹⁾; e mette anzi conto di chiarire le ragioni del dissenso.

Se vero è che, d'ordinario, la dottrina propende oggi a sostenere in via generale l'inefficacia delle disposizioni testamentarie contenenti rinvio alla legge, o sotto il profilo dell'« inutilità » (per mancanza di una « particolare » volontà testamentaria) ⁽²²⁾, o — con impostazione ad ogni modo più corretta — sotto il profilo dell'invalidità per ragioni di forma (con riferimento al « principio di completezza » del negozio solenne) ⁽²³⁾; proprio simile premessa suscita ampie perplessità, né si mostra in definitiva giustificata.

Intanto — qualora si contempi il problema nella sua giusta prospettiva, ossia unicamente in termini di validità intrinseca della *relatio* ⁽²⁴⁾ — c'è al proposito da operare una distinzione

⁽²¹⁾ MENGONI, *op. loc. cit.* (conforme C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 50-51, nota 78).

⁽²²⁾ CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 64 e 26, in nota 14; CICU, *Le successioni*, cit., p. 148 ss.; NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta ed indiretta*, in *Annali dell'Univ. di Messina*, 1933-34, p. 24; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 202 (seguito da RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 149, nota 51). V., ora, anche L. FERRI, *Successioni in generale*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1964, p. 75; e C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 48-49. Superfluo notare che, ad ogni modo, il richiamo al profilo dell'« inutilità » sarebbe evidentemente fuori luogo per quanto concerne la disposizione di esclusione.

⁽²³⁾ Così MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 21-22; C. A. FUNAIOLI, *op. cit.*, p. 49. Con specifico riferimento alla disposizione d'esclusione, sembra accogliere questo punto di vista L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 52 (sulle tracce di uno scritto difensivo di Cicu); inoltre (ma con sensibili incertezze e motivazione superficiale) BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 393.

⁽²⁴⁾ Deve essere per contro respinto il tentativo di ancorare la negativa al presunto principio di « preminenza » della successione legittima: v. più ampiamente, sull'intera questione, *infra*, n. 20. Imposta ora il

fra i due fondamentali aspetti che la dichiarazione non autonoma può concretamente assumere ⁽²⁵⁾. Quanto meno con riguardo alla più semplice di tali ipotesi, infatti, vale a dire quella di disposizione *per relationem* puramente « formale » — per la quale bisogna supporre, nella fattispecie, la piena consapevolezza da parte del testatore circa il reale contenuto della disciplina legale richiamata ⁽²⁶⁾ — non pare dubbio che l'uso del mezzo dichiarativo indiretto soddisfi integralmente le due esigenze, materiale e probatoria, poste alla base del formalismo testamentario ⁽²⁷⁾, e che pertanto nessun ostacolo si frapponga al rico-

problema nei suoi termini esatti (pervenendo tuttavia a conclusioni difformi da quelle del testo) MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 21.

⁽²⁵⁾ Si allude, naturalmente, alla contrapposizione tra *relatio* c.d. « formale » e *relatio* c.d. « sostanziale », ben nota alla dottrina del negozio *per relationem*: cfr., per tutti, ALLARA, *Il testamento*, 2ª ed., Padova, 1936, p. 252 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 87; e, in generale, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel dir. priv. ital.*, Napoli, s.d. (ma 1948), p. 196; DI PACE, *Il negozio per relationem*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s. d. (ma 1940), p. 29 ss. Qualche dubbio sulla congruenza sistematica della classificazione affaccia CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s. d. (ma 1947), p. 145, nota 74; alcuni spunti critici sul tema — peraltro scarsamente precisati — sono pure in BRUNORI, *Sulla integrazione della volontà testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 239-241, e nota 28.

⁽²⁶⁾ Ricorre, in altre parole, la manifestazione *per relationem* di una volontà autonomamente e direttamente determinata. Scettico sulla possibilità che la disposizione esaminata venga in concreto ad assumere tale conformazione è MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 21 ss.: ma l'ipotesi di una *relatio* solo formale pare invece concepibile anche nella fattispecie.

⁽²⁷⁾ Cioè, la garanzia di una maggiore ponderatezza e serietà della volizione testamentaria (c.d. « funzione sostanziale del formalismo ») e la precostituzione della prova documentale della volizione medesima (c.d. « funzione processuale del formalismo »). Cfr. ALLARA, *Principi*, cit., p. 73 (v. anche *La teoria generale del contratto*, 2ª ed., Torino, s.d., ma 1955, p. 260); BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici*, in *Jus*, 1940,

noscimento del suo valore giuridico ⁽²⁸⁾.

Probabile è che a identica affermazione di validità sia lecito giungere anche in ordine all'ipotesi di *relatio* (alla legge) c. d. « sostanziale » — ove cioè il testatore, non conoscendo al momento della confezione del testamento il contenuto della vocazione predisposta dalla legge e oggetto del rinvio, determini *per relationem* la stessa volontà negoziale — sebbene la dottrina prevalente non esiti invece a stimare senz'altro vietata almeno questa figura di « rinvio », riallacciandosi al principio di « per-

p. 443; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, s.d. (ma 1961), p. 113.

(²⁸) Così infatti ALLARA, *Il testamento*², cit., p. 262. Corrisponde a un diffuso indirizzo dottrinale (ad es., GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 92 ss.; TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giurid. in on. di Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 697; sostanzialmente anche BRUNORI, *Sulla integrazione della volontà testamentaria*, cit., p. 242) l'opinione che il problema della validità del testamento *per relationem* sia « non di qualità, ma, per così dire, di quantità della *relatio* » (GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 92), nel senso che sia ammesso il rinvio ad elementi di fatto esterni che riguardino una precisazione o qualificazione del contenuto dispositivo dell'atto di volontà, non il suo stesso momento essenziale. Un limite (oltre a quello posto dall'art. 631 c. civ., sul quale acute considerazioni in GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 806 ss.) è dato ovviamente dall'incertezza assoluta in ordine al destinatario della disposizione (art. 628 c. civ.); ad evitare la quale è peraltro sufficiente che il successore possa « essere determinato con riferimento a dati oggettivi espressi dallo stesso testatore » (Cass., 20 maggio 1954, n. 1608, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 145; conforme App. Firenze, 6 marzo 1958, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce *Successione testamentaria*, n. 36). In giurisprudenza di particolare interesse, da ultimo, Cass., 8 febbraio 1962, n. 262, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 642 ss. Nel medesimo ordine d'idee, fuori dal campo del negozio *mortis causa*, v. G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale « per relationem »*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 206 ss.

sonalità » della volontà testamentaria, oltre che a quello di completezza ⁽²⁹⁾. Ma per ciò che qui interessa, sta di fatto che lo schema della *relatio* c. d. formale sembrerebbe già di per sé sufficiente a far valere come efficace nella maggioranza dei casi la disposizione testamentaria *secundum legem* ⁽³⁰⁾; sicché, da questo

(29) Cfr., per tutti, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 21. E in generale, per l'esclusione di una *relatio* sostanziale in materia di negozio solenne, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., 3ª rist., Torino, 1960, p. 287. Nel senso della validità della « disposizione testamentaria per *relationem* in senso sostanziale », cfr. invece ALLARA, *Il testamento*², cit., p. 225; conforme DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 43 ss.; e sostanzialmente, in giurisprudenza, Cass., 8 febbraio 1962, n. 262, cit.

Per ciò che concerne in particolare l'ammissibilità di una *relatio* sostanziale alla legge nel testamento, avanza parere (dubitativamente) favorevole — in considerazione della improprietà di un'equiparazione del caso in questione alla fattispecie della disposizione rimessa all'arbitrio altrui (art. 631 c. civ.) quanto alla violazione del principio di « personalità » della volontà testamentaria — ALLARA, *Il testamento*², cit., p. 262 (seguito anche sul punto da DI PACE, *Il negozio per relationem*, cit., p. 35, nota 1). Si tratta di soluzione, per diritto tedesco normativamente accolta dal § 2066 B.G.B. (che pone una regola « interpretativa »): cfr., al riguardo, per una giustificazione in termini di « mancanza d'interesse » del testatore alla determinazione della persona contemplata al momento del testamento, LANGE, *Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers*, in *Jherings J.*, 82, 1932, p. 23; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 74 s.; GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 821.

(30) Gravando l'onere di provare la mancata conoscenza da parte del testatore circa il contenuto delle norme di legge richiamate sull'interessato a far valere l'inefficacia della disposizione, l'estrema difficoltà pratica di tale prova rende difatti improbabile l'invalidazione per questa via di una dichiarazione testamentaria del tipo in esame.

Affrettata sembra per contro la conclusione cui — pur accettando la premessa che non esista « ragione di nullità nella *relatio* alle categorie di successibili fissate dalla legge » (nemmeno, quindi, nella *relatio* c. d. sostanziale) — sul piano probatorio perviene PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 26-27, per un caso di diseredazione. Nell'ipotesi ivi considerata,

punto di vista, in tema di diseredazione la formula « *exclure, c'est instituer* » dovrebbe potersi utilizzare, fosse pure nei limiti delle indicate circostanze qualificative della *relatio* ⁽³¹⁾.

5. — Le restanti obiezioni, cui la teoria va incontro, sono nondimeno assorbenti e risolutive. Così, in primo luogo, quella relativa alla stessa asserita naturale presenza, nella « diseredazione », di una volontà di positiva chiamata ereditaria *per relationem*. La presunzione, che vede nella manifestazione della volontà di escludere un erede dalla successione un'inespressa ma specifica volontà negoziale d'istituzione a favore degli altri successibili *ex lege*, è già stata invero censurata come non corretta e frutto d'artificio ⁽³²⁾; e in linea di massima la critica appare fondata. Volendo ammettere la scindibilità concettuale

infatti, potrebbe al massimo sorgere questione di « ampiezza della *relatio* »; ma tale questione (che tra l'altro riguarderebbe l'escluso solo nel caso in cui venisse meno la vocazione di tutti i successibili personalmente e direttamente contemplati dal testatore) si pone essenzialmente in termini d'interpretazione della volontà del testatore: e quindi non pare ad essa meccanicamente applicabile la regola sulla ripartizione processuale dell'onere probatorio (può interessare, al proposito, qualche cenno di DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 2^a ed., Jena, 1906, p. 31 ss., 59 ss.; v. inoltre SCHREIER, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig-Wien, 1927, p. 85; e da ultimo, chiaramente, COING, in *Staudingers Komm. z. B.G.B.*¹¹, I, *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1957, sub § 133, p. 762, n. 63).

⁽³¹⁾ Conforme TORRENTE, voce *Diseredazione*, cit., p. 103. Solo apparentemente in senso contrario App. Venezia, 23 febbraio 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1957, voce *Successione testamentaria*, n. 95, e Cass., 20 maggio 1954, cit., n. 146, le quali, in realtà, non sembrano aver considerato l'eventualità che dalla scheda testamentaria una volontà d'istituzione *secundum legem* possa risultare implicitamente; v. invece, con soluzione positiva circa la validità, App. Firenze, 7 luglio 1951, cit.

⁽³²⁾ L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 244, 229; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 16, in nota. Diversamente un cenno di JEMOLO, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 505.

di due distinti modi d'estrinsecarsi della c.d. « dichiarazione implicita » ⁽³³⁾, certo è che nella clausola esaminata l'istituzione ereditaria *per relationem* non riveste quello più pregnante, di « dichiarazione di quel lato del fatto che non viene enunciato nel comportamento dichiarativo diretto » ⁽³⁴⁾, per l'ovvia ragione che la volontà d'istituzione (degli altri successibili) sicuramente non si presenta in concreto come semplice lato o aspetto della volontà di diseredazione, né la seconda volontà comprende necessariamente ed automaticamente la prima ⁽³⁵⁾. Ma non migliore sorte attende l'ulteriore quesito, se nella dichiarazione « negativa » possa intendersi contenuta l'implicita istituzione in quanto manifestazione di un programma pratico diverso e distinto da quello enunciato nel comportamento dichiarativo diretto, da questo ricavabile per via d'illazione ⁽³⁶⁾. Poiché, diagnosticando

⁽³³⁾ Esorbita beninteso dall'indagine un maggior approfondimento intorno al concetto di « dichiarazione tacita » di volontà: sul tema, del resto, v. di recente CAMPAGNA, *I « negozi d'attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, p. 113 ss.; GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 778 ss., che sviluppa alcuni motivi già accennati in *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 5 ss.; da ultimo una sintesi in SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1963, p. 373 ss., 384; una posizione particolarmente critica nei confronti della tradizionale dicotomia è in SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 233 ss., e v. ora *Contratti*, cit., p. 112. Parimenti inutile risulta approfondire la collocazione concettuale, rispetto alla categoria del « comportamento concludente », della specifica ipotesi in questione, che pare muoversi su un terreno ai limiti con una problematica di mera interpretazione e qualificazione negoziale.

⁽³⁴⁾ ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, s.d. (ma 1951), p. 195.

⁽³⁵⁾ Come invece avviene, ad es., per la volizione (implicita) di non istituire erede altri che Tizio, rispetto alla volontà espressa d'istituire erede esclusivo Tizio.

⁽³⁶⁾ Non si tratterebbe qui di un'illazione logicamente necessaria, bensì « di una illazione pratica, fondata sullo spirito di coerenza, al quale

il verosimile atteggiamento psichico del testatore alla stregua del « canone di normalità », sul piano dell'ermeneutica negoziale vien fatto di assai seriamente dubitare circa l'ipotetica esattezza di simile illazione.

Come è stato accortamente osservato, la presunta volontà positiva è normalmente insussistente nel testatore che formula una pura disposizione d'esclusione ⁽³⁷⁾: di più, si può dire che l'esistenza di detta volontà è addirittura apertamente smentita dallo stesso tenore della dichiarazione testamentaria in tutti i casi in cui, ad esempio, il *de cuius*, nel testamento contenente la semplice esclusione, s'è riservato di formulare in futuro le disposizioni positive — che preannuncia — venendo poi sorpreso dalla morte prima di portare a compimento il progetto, oppure ha richiamato per le disposizioni positive precedenti testamenti, non ritrovati al momento dell'apertura della successione o in seguito singolarmente revocati ⁽³⁸⁾. Di regola, il testatore vuole

deve uniformarsi, secondo le comuni vedute, ogni comportamento dei consociati, e su di una interpretazione tipica di tale comportamento»: ALLARA, *La teoria generale del contratto*², cit., p. 247; ma v. altresì la precisazione di GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 782 ss., specie p. 785-786; e inoltre CAMPAGNA, I « negozi d'attuazione », cit., p. 119; SCHLESINGER, voce *Dichiarazione*, cit., p. 384.

⁽³⁷⁾ Scrive MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 16, in nota, che « sul piano dell'indagine della volontà è escluso che si possa pervenire a individuare compiutamente una istituzione di erede implicita » nella diseredazione (« soprattutto nel caso che i successibili non diseredati appartenano ad ordini successori diversi »). Anche per App. Firenze, 9 settembre 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 50, « la volontà di escludere taluno degli eredi legittimi dalla successione non contiene necessariamente ed in ogni caso la volontà implicita di chiamare altri ». Del resto, persino tra i sostenitori del principio « *exclure, c'est instituer* » si è talora costretti a parlare, in proposito, di « finzione », e di « artificio »: cfr. BARRÈRE, *L'exhérédation*, cit., p. 256.

⁽³⁸⁾ Per uno di questi casi, nella recente esperienza giurisprudenziale francese, v. l'interessante specie di fatto dell'*affaire Horiup* (dichiarata in-

nell'ipotesi esaminata solo diseredare e gli è indifferente chi succederà al posto del diseredato ⁽³⁹⁾. Suo unico intento è in realtà

completezza del testamento e mancata posteriore effettuazione delle preannunciate disposizioni positive: evidente sussistenza della sola volontà negativa), inopinatamente definita nel senso della validità della mera esclusione da Cass. franc., 20 luglio 1943, in *Sirey*, 1945, I, p. 9 ss. (con nota di GARRAU DE LA MÉCHENIE, che cerca di spiegare l'interpretazione della C. in termini di testamento fatto dal *de cuius* « senza saperlo », per conciliarla col principio « *exclure, c'est instituer* » pur sempre posto a base della decisione), e in precedenza da C. Paris, 27 gennaio 1942, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836 (appariscente, e indicativa dell'evoluzione in realtà compiutasi nella sostanza del pensiero giurisprudenziale, la distanza tra le decisioni in parola e la vecchia sentenza di C. Rouen, 22 dicembre 1897, in *Sirey*, 1899, II, p. 97 ss., per un caso di mancato ritrovamento del testamento richiamato dal *de cuius* nel dichiarare l'esclusione). Inevitabilmente, la considerazione di simili ipotesi va aprendo qualche incrinatura nell'incondizionata acquiescenza della dottrina d'oltralpe alla teoria dell'istituzione implicita: se ne avvertono i sintomi nella nota di VOIRIN, in *Sem. jurid.*, 1948, II, 4617 (ove si censura C. Aix, 28 giugno 1948, per non aver riconosciuto che nella fattispecie all'esclusione non si accompagnava *in mente testatoris* una istituzione), e specialmente nel commento dello stesso autore a C. Paris, 27 gennaio 1942, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836.

⁽³⁹⁾ L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 244. Significative ammissioni di questo tipo sfuggono talora anche agli autori di lingua francese (senza che, peraltro, ne siano tratte le logiche conseguenze): cfr. ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 98 (a proposito della pretesa istituzione implicita dello Stato, in presenza di un'espressa diseredazione generale); R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments*², II, cit., p. 41 e 165, le cui affermazioni sono interamente approvate da BARRÈRE, *L'exhérédation*, cit., p. 251 e 327. V. inoltre KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 35 (il testatore può avere « un'esclusiva volontà di diseredazione »); SOUM, *La transmission de la succession testamentaire*, Paris, 1957, p. 149; e gli scritti di VOIRIN, cit. nella nota prec. Del resto, la contraddittorietà dell'elaborazione francese assume aspetti vistosi laddove poi si riconosce — secondo una massima ormai consolidata (cfr. *infra*, note 70 e 71) — che l'esclu-

quello, meramente negativo, d'impedire comunque la vocazione all'eredità del colpito ⁽⁴⁰⁾.

6. — Ma il rilievo centrale, sul quale viene veramente a cadere la teoria dell'istituzione implicita, è che ad ogni modo l'attuazione giuridica di tale intento pratico non coincide con gli effetti di un'implicita istituzione ⁽⁴¹⁾. Di guisa che la formula si

sione vale anche se venga meno l'istituzione, espressa o implicita, a cui in tesi dovrebbe sempre appoggiarsi.

⁽⁴⁰⁾ MENGONI, *op. loc. cit.* Incidentalmente, ammette che l'*exhérédation* (in contrapposto alla semplice preterizione) è una disposizione « essenzialmente negativa », SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1951, p. 542 (e v. anche, dello stesso a., la nota in *Dalloz*, 1963, p. 212-213, ove si parla di « testamento puramente negativo »). Ma cfr. soprattutto SOUM, *La transmission*, cit., p. 149; LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 258-268, 715. V. inoltre, da ultimo, l'articolata impostazione di BUFFELAN-LANORE, *L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1966, p. 461 ss. (sempre senza trarre però le logiche conseguenze sul piano costruttivo).

⁽⁴¹⁾ Potrebbe venir ancora osservato che, costruendo la diseredazione nei termini suindicati, finirebbe probabilmente col prodursi in concreto (proprio a causa della combinazione nella figura di un fenomeno di manifestazione volitiva implicita con un fenomeno di manifestazione volitiva *per relationem*) un'insanabile incertezza circa l'effettivo contenuto della presunta disposizione d'istituzione. Infine, a carico della teoria, va posta l'incoerenza dell'usuale conclusione (apertura della successione legittima): se davvero nella disposizione di mera esclusione dovesse riconoscersi una positiva chiamata, l'effetto non potrebbe che essere l'apertura, a favore dei successibili *ex lege*, tranne l'escluso, della successione testamentaria (con i relativi corollari di trattamento normativo; per un'applicazione pratica v. il caso — imperniato sulla presenza tra i successibili *ex lege* non esclusi di uno zio tutore, incapace di ricevere per testamento — discusso da LOSANA, *Le disposizioni d'estrema volontà per via d'esclusione*, loc. cit., ma ivi risolto con visibile superficialità). La prefata deduzione è all'opposto frequentemente disconosciuta (fa ora eccezione NOTARI, *op. cit.*, p. 116) dai fautori della teoria dell'istituzione implicita (ragguagli in L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 245). Più conforme, sul punto, ai postulati della teoria dell'implicita isti-

dimostra, a prescindere da ogni altra considerazione, del tutto insufficiente ad assicurare la piena e doverosa realizzazione del risultato perseguito dal testatore mediante la « diseredazione ». Essa anzi, a ben vedere, quando sia coerentemente applicata, snatura completamente il significato e la funzione della peculiare fattispecie: precisamente nella misura in cui, postulando una sostanziale fusione ed immedesimazione dell'« esclusione » con la (presunta sottostante) istituzione, e per logico corollario la totale equiparazione della « diseredazione » ad una mera « preterizione », comporta in parallelo l'attribuzione, alla prima, del tipizzante carattere d'intrinseca « relatività » proprio della seconda.

Se, in altre parole, la disposizione d'esclusione fosse puramente implicita istituzione, l'efficacia della clausola diseredativa sarebbe ovviamente condizionata alla persistenza e attuazione dell'istituzione ad essa compenetrata; e, date le premesse, in

tuzione (ma a sua volta in palese contrasto, tra l'altro, con l'accolto principio d'autonomia effettuale della diseredazione) l'orientamento che (non senza notevoli incertezze, rilevate anche da VOIRIN, in *Sem. jurid.*, 1948, II, 4617, cit.) sembra ora prendere piede in una parte della dottrina francese, e secondo cui i successibili *ab intestato* chiamati in luogo dell'escluso succederebbero non per legge, ma per testamento: così RIPERT-BOULANGER, in *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 690; e R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *Cours de droit civil français de Ch. Beudant*, V, *Les successions ab intestat*, I, 2^a ed., Paris, 1936, p. 116, ove si manifestano dubbi sulla fondatezza dell'opposta prevalente giurisprudenza; LOUSSOUARN, voce *Legs*, in *Enc. jur. Dalloz*, cit., p. 34; *contra*, da ultimo, Trib. Sedan, 28 marzo 1949, in *Rev. trim. de droit civil*, 1949, p. 437. Del tutto incomprensibile, in relazione ai presupposti logici di partenza, quanto sostiene invece SAVATIER, *ibidem* (seguito da BARRÈRE, *op. cit.*, p. 343): che, cioè, « in caso di diseredazione, il punto di sapere se il beneficiario di questa debba esser considerato come un legatario, o come un successore *ab intestato*, dipende dall'intenzione del testatore » (non più chiari, sul punto, sono SIMONNET, in *Sirey*, 1924, I, p. 297 s., e KUHN, *op. cit.*, p. 84).

qualsiasi caso di « caducità » dell'implicita chiamata l'intera disposizione dovrebbe perdere effetto. Non è chi non comprenda, tuttavia, quale grave attentato alla volontà testamentaria — che nell'ipotesi è, per definizione, anzitutto quella di provocare, *sempre ed in ogni caso*, l'esclusione del successibile dalla vicenda ⁽⁴²⁾ — verrebbe a rappresentare una soluzione avente come conseguenza che in detti casi, a seguito dell'apertura della successione legittima, anche l'escluso possa, sulla base della propria vocazione *ex lege*, concorrere all'eredità ⁽⁴³⁾.

Dunque la dottrina della tacita istituzione non ha modo di sfuggire al dilemma, tra la rinunzia ad interpretare il reale intento negoziale del testatore e insieme ad ascrivere efficacia propria e indipendente alla disposizione d'esclusione, e l'ammissione di un'ultrattività della volontà testamentaria diseredativa rispetto all'eventuale « caducità » della connessa istituzione ⁽⁴⁴⁾, la quale è però contraddittoria in rapporto alle premesse e sta anzi a denunciare manifestamente l'inutilità della formula per la costruzione della fattispecie. Giacché — per richiamare la penetrante notazione di un autore — se si ammette che la volontà

⁽⁴²⁾ Conforme anche L. FERRI, *op. cit.*, p. 244 s. Tra gli esempi davvero inequivocabili, quello offerto da un vecchio caso francese (C. Bordeaux, 26 agosto 1850, in *Dalloz*, 1851, II, p. 31), ove l'esclusione era stata dal testatore così espressa: « dichiaro che mia intenzione formale e irrevocabile è che questa fortuna *non possa mai, in nessun caso e sotto alcun pretesto*, passare ai miei eredi collaterali » (nella specie di fatto, la disposizione universale s'era caducata per premorienza del destinatario).

⁽⁴³⁾ Vedi infatti, per questa poco soddisfacente soluzione, in aderenza ai presupposti della teoria dell'istituzione implicita, NOTARI, *op. cit.*, p. 116.

⁽⁴⁴⁾ Su tale ultrattività, invero, anche in Italia (circa il riferito consimile atteggiamento della dottrina e giurisprudenza francesi v. più ampiamente *infra*, n. 7) i fautori della teorica dell'istituzione implicita generalmente concordano, riconoscendo l'assurdità della conclusione opposta. Cfr., al proposito, gli a. richiamati in L. FERRI, *op. cit.*, p. 244-245. Significativo BENETTIN, *Sulle disposizioni di ultima volontà fatte sotto forma di esclusione di eredi*, cit., p. 40.

di escludere viva di per sé « come volontà separata e indipendente dalla volontà di istituire, allora non si può dire che la esclusione costituisce istituzione implicita » ⁽⁴⁵⁾.

A questo punto, peraltro, resta da vedere se si giunga ad una conclusione corretta quando, dal riscontro di questi decisivi limiti della tradizionale prospettiva, si trae spunto per scegliere il rifiuto di validità nei confronti della disposizione d'esclusione ⁽⁴⁶⁾.

7. — Al riguardo specialmente un esame di diritto comparato fornisce preziose indicazioni, svelando il sintomatico isolamento che, nella cultura giuridica europea, accompagna la formalistica posizione assunta, tramite detta conclusione, dalla nostra dottrina.

Per vero, in diritto tedesco non soltanto il § 1938 *B. G. B.* prevede espressamente la disposizione di mera esclusione ⁽⁴⁷⁾, ma la dottrina non dubita minimamente della possibilità di dare alla *Enterbung* autonoma costruzione, né, in particolare, sente il bisogno di ricorrere a finzioni, come quella dell'istituzione implicita, per inquadrare l'istituto legislativo ⁽⁴⁸⁾. Si considera anzi

⁽⁴⁵⁾ L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 245 (ed anche in *Foro pad.*, 1955, I, c. 53); l'argomentazione è ripresa da CICIU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 386.

⁽⁴⁶⁾ La conclusione non sarebbe ad ogni modo completamente esatta, dato che la presenza nella disposizione diseredativa di una sottostante volontà positiva non può essere negata *a priori*, talché in una serie di casi il suo accertamento potrebbe eventualmente costituire l'*extrema ratio* per salvare almeno in parte la disposizione (un cenno alla possibile efficacia della disposizione sotto quel profilo è, da ultimo, in CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 27, nota 18: l'esempio ivi riportato sembra però d'istituzione espressa).

⁽⁴⁷⁾ « Der Erblasser kann durch Testament einen Verwandten oder den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolgen ausschliessen, ohne einen Erben einzusetzen ».

⁽⁴⁸⁾ Soltanto a uno dei primi commentatori (EICHORN, *Das Testament*, 3^a ed., Berlin, 1899, p. 2) la norma del § 1938 era parsa « teoreticamente

sicuro che l'« esclusione » abbia come effetto immediato d'impedire la vocazione legale dell'escluso ⁽⁴⁹⁾, e che non potendosi la *Enterbung* equiparare a una *Erbeinsetzung* in favore degli altri eredi *ex lege* ⁽⁵⁰⁾, per questi si apra non successione testamentaria, ma normale successione legittima ⁽⁵¹⁾. Mentre sotto il profilo tecnico, l'eventualità che una disposizione meramente negativa costituisca o anche esaurisca ⁽⁵²⁾ il contenuto del testamento (cosiddetto « *negatives Testament* ») ⁽⁵³⁾, è acutamente spiegata — nel quadro dell'espansione moderna del concetto di testa-

non priva di difficoltà » (l'interrogativo, poi, circa la pratica importanza che l'istituto avrebbe assunto in futuro, ha trovato risposta notevolmente positiva nell'esperienza della giurisprudenza tedesca: v. *infra*, cap. III).

⁽⁴⁹⁾ Così, esplicitamente, CROME, *System des deutschen bürgerl. Rechts*, V, *Erbrecht*, Tübingen, 1912, p. 173.

⁽⁵⁰⁾ DIETZ, *Erbrecht*, Bonn, 1949, p. 108.

⁽⁵¹⁾ COSACK, *Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts*, II, 4ª ed., Jena, 1904, p. 720; FROMMHOLD, *Das Erbrecht*, I, Berlin, 1899, p. 22; H. LEHMANN, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, V, *Erbrecht*, I, 11ª ed., Berlin, 1954, p. 345; MEISCHEIDER, *Die letztwilligen Verfügungen nach dem B.G.B. für das d. Reich*, Leipzig, 1900, p. 2; e v. BOEHM, *Das Erbrecht des B.G.B.*, Hannover, 1896, p. 17; KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht des deutschen B.G.B.*, Leipzig, 1910, p. 80.

⁽⁵²⁾ Cfr., ad es., l'alternativa delineata da ENDEMANN, *Einführung in das St. des B.G.B.*, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, III, 3ª/5ª ed., Berlin, 1899, p. 101.

⁽⁵³⁾ A proposito della fattispecie configurata dal § 1938 B.G.B., l'espressivo uso del termine « *negatives Testament* » è, in dottrina tedesca, assai diffuso: v. CROME, *System*, V, cit., p. 174, nota 17; PLANCK-FLAD, *Kommentar zum B.G.B.*, V, *Erbrecht*, 4ª ed., Berlin und Leipzig, 1930, p. 45; più di recente Bartholomeyczik, *Erbrecht*, 5ª ed., München und Berlin, 1961, p. 27, e in ERMAN, *Handkommentar zum B.G.B.*, Münster, 1952, p. 1924; JOHANNSEN, in *R.G.R. Komm. z. B.G.B.*, V, *Erbrecht*, 10ª ed., Berlin, 1956, p. 31; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München und Berlin, 1962, p. 318; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*, V, 1, cit., p. 344; PALANDT-RECHNMACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 17ª ed., Berlin, 1958, p. 1405.

mento ⁽⁵⁴⁾, rispetto al quale è ormai posta l'equazione con un ampio concetto di *letztwillige Verfügung* ⁽⁵⁵⁾ — in base al riconoscimento della libertà testamentaria ⁽⁵⁶⁾ e della autonomia privata ⁽⁵⁷⁾: risultando d'altronde questa assai illuminante motivazione esplicitamente avanzata, e posta in primo piano, dai lavori preparatori ⁽⁵⁸⁾.

Ma è soprattutto importante notare che la riferita impostazione dommatica si palesa tanto esatta, da consentire che a identiche conclusioni in tema di « testamento negativo » puntualmente si pervenga anche in altri sistemi di *civil law*, ove — pur

⁽⁵⁴⁾ Per il richiamo alla molteplicità e varietà delle « disposizioni » che possono integrare il contenuto del testamento moderno (nella cui determinazione l'autonomia delle parti non incontra altri limiti che quelli espressamente stabiliti dalla legge, secondo MODEL, *Testamentsrecht*, München und Berlin, 1962, p. 49), v. BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 72-73; COING in KIPP, *Erbrecht*, 5. Band del *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* di Enneccerus, Kipp e Wolff, 12^a rielab., Tübingen, 1965, p. 94-95; COSACK, *Lehrbuch*⁴, II, cit., p. 679; CROME, *System*, V, cit., p. 49, nota 1; KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., p. 79; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 318 ss.; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 338 ss.; PALANDT-RECHENMACHER, *Bürgerl. Gesetzbuch*¹⁷, cit., p. 1405.

⁽⁵⁵⁾ V. BINDER, *Bürgerliches Recht, Erbrecht* (in *Enzykl. der Rechts- und Staatswissenschaft*), 2^a ed., Berlin, 1930, p. 14, e nota 2; KIPP, *Das Erbrecht*, in ENNECERUS, KIPP e WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, II, 3, 9^a/10^a ed., Marburg, 1919, p. 30; STROHAL, *Das deutsche Erbrecht auf Grundl. des B.G.B.*, I, 2^a ed., Berlin, 1900, p. 49 nota 2, 71; inoltre BARTHOLOMEYCZIK, *op. cit.*, p. 72; DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 42; H. LEHMANN, *op. cit.*, p. 344, 339; LEOPOLD, *Testamentsrecht*, Berlin, 1939, p. 101.

⁽⁵⁶⁾ H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 344; e v. anche BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 73.

⁽⁵⁷⁾ Sulla *Testierfreiheit*, come espressione dell'autonomia privata, v. COING, *op. cit.*, p. 74-75.

⁽⁵⁸⁾ È infatti apertamente detto nei *Motive zu dem Entw. eines B.G.B.*, V, *Erbrecht*, Berlin und Leipzig, 1888, p. 9, con riferimento alla facoltà prevista dal § 1938, che « die Anerkennung dieser Befugnis des Erblassers ist im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen, da darin eine positive Ausdehnung der Privatautonomie enthalten ist ».

in assenza di una specifica previsione legislativa e quindi in una situazione normativa del tutto simile alla nostra ⁽⁵⁹⁾ — l'ammissibilità come l'autonomia della figura nemmeno vengono messe in discussione.

Così particolarmente in diritto austriaco ⁽⁶⁰⁾ e in diritto svizzero ⁽⁶¹⁾ — a proposito del quale è significativo che un'osservazione al progetto del codice rapporti l'assunta superfluità

⁽⁵⁹⁾ Pur regolando — come il codice germanico, e all'opposto del nostro e di quelli a stampo francese — l'istituto della « diseredazione dei legittimari », i codici civili austriaco, svizzero e spagnolo non conoscono infatti una norma analoga al § 1938 B.G.B. per quanto concerne la semplice esclusione degli eredi legittimi.

⁽⁶⁰⁾ WEISS, in *KLANG, Kommentar zum allg. bürgerl. Gesetzbuch*, III, 2ª ed., Wien, 1952, p. 212 ss., e 840; EHRENZWEIG, *System des öst. allg. Privatrechts*, II, 2, *Familien und Erbrecht*, 2ª ed., Wien, 1937, p. 381; HOFMANN, *Wesen und Wirkung des Erbverzicht und des Erbvertrages*, in *Grünhuts Zeitschr.*, 3 (1876), p. 657; KRAINZ, *System des öst. allg. Privatrechts*, II, 4ª ed., Wien, 1907, p. 595; KRASNOPOLSKI-KAFKA, *Lehrbuch des öst. Privatrecht*, V, *Erbrecht*, Wien, 1914, p. 47; PFAFF-HOFMANN, *Excuse über öst. allg. bürgerl. Recht*, II, 1, Wien, 1878, p. 39-40; PFAFF-HOFMANN, *Kommentar zum öst. allg. bürgerl. Gesetzbuch*, II, Wien 1882, p. 538; già UNGER, *System des öst. allg. Privatrecht*, VI, *Erbrecht*, 3ª ed., Leipzig, 1879, p. 126 (benché, apparentemente, ancora sotto l'influenza della teoria della « volontà presunta » come fondamento della successione legittima: cfr. *op. cit.*, p. 124, nota 4). Da ultimo ancora, e senza esitazioni, GSCHNITZER, *Erbrecht*, in *Lehrbuch des öst. bürgerl. Rechts*, Wien, 1964, p. 45.

⁽⁶¹⁾ TOUR, in *Berner Kommentar*, III, 1, *Das Erbrecht*, 2ª ed., Bern, 1964, p. 15, 173, 198; ESCHER, *Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch*, III, 1, *Das Erbrecht*, 3ª ed., Zürich, 1959, p. 216; e perentoriamente ÇUBUKGİL, *L'exhérédation ordinaire en droit suisse*, Fribourg, 1949, p. 9-10 (e v. anche p. 102); ICKOWICZ, *De l'exhérédation en droit suisse*, Genève, 1930, p. 12. Danno per scontata la soluzione pure: BINDSCHEDLER, *Die Erbunwürdigkeit insb. nach schweiz. Recht*, Zürich, 1915, p. 50, 52 e nota 2; NOBS, *Die Grenzen der Verfügungsfreiheit des Erblassers nach Z.G.B.*, Bern, 1948, p. 22; STADLER, *Die Enterbung im schweiz. Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1910, p. 93, e 95, nota 3; implicitamente LEUBA, *Du régime successoral en droit français et en droit suisse*, Paris, 1925, p. 72.

di un espresso riconoscimento del potere di formulare disposizioni d'esclusione, all'appropriata constatazione che esso rientra naturalmente nella libertà negoziale del testatore ⁽⁶²⁾ — gli interpreti unanimi tengono per pacifico che l'esclusione testamentaria di un erede legittimo non soltanto sia valida, ma capace d'integrare da sola e con propria peculiare operatività il contenuto dell'atto testamentario ⁽⁶³⁾: ricollegandosi in ciò il discorso ancora una volta, sia al valore del principio di libertà dispositiva in materia di successione *mortis causa* ⁽⁶⁴⁾, sia all'assenza di dati preclusivi per ciò che specificamente attiene all'intrinseca sistematica del negozio d'ultima volontà ⁽⁶⁵⁾. E, in definitiva,

⁽⁶²⁾ L'osservazione, omogenea nella sostanza e reciproca nella conclusione di sistematica legislativa rispetto a quella dei *Motive* del B.G.B., è in HUBER, *Erläuterungen zum 2. Teilentwurf*, 2^a ed., 1914, p. 148, riportato da NOBS, *Die Grenzen der Verfügungsfreiheit*, cit., p. 22, nota 1 (cfr., nella versione francese, *Exposé des motifs de l'avant-projet*, II, *Des successions*, Berne, 1901, p. 61).

⁽⁶³⁾ Singolare, anzi, come in dottrina austriaca si discorra ancor più frequentemente che in quella tedesca di « *negatives Testament* » (l'uso del termine è addirittura normale: v. EHRENZWEIG, Gschnitzer, Krainz, Krasnopolski-Kafka, Pfaff-Hofmann, Weiss nei luoghi cit. alla nota 60): mentre proprio per diritto austriaco (ove è mantenuta la distinzione tra testamento e codicillo, ed il testamento è definito — § 553 — in funzione dell'esistenza, nella dichiarazione di ultima volontà, di una istituzione di erede) detta nomenclatura appare fortemente imprecisa (cfr. WEISS, in KLANG, *Komm. z. allg. bürgerl. Gesetzb.*², III, cit., p. 212). Coerente si dimostra invece l'asserto che, per effetto della disposizione d'esclusione, ha luogo in favore dei chiamati *ex lege*, detratto l'escluso, l'ordinaria successione legittima: v., ad es., EHRENZWEIG, *System des öst. allg. Privatrecht*², II, 2, cit., p. 381; KRASNOPOLSKI-KAFKA, *Lehrbuch*, V, cit., p. 47; PFAFF-HOFMANN, *Excuse*, II, 1, cit., p. 40.

⁽⁶⁴⁾ ICKOWICZ, *op. cit.*, p. 12; NOBS, *op. cit.*, p. 22; WEISS, *op. cit.*, p. 212.

⁽⁶⁵⁾ Stante la lata nozione di « disposizione » anche qui puntualmente e significativamente accolta in materia di negozi d'ultima volontà: v., per diritto svizzero ESCHER, *Komm. zum schweiz. Z.G.B.*³, III, 1, cit., p. 95; TUOR, in *Berner Komm.*², III, 1, cit., p. 91; pure HIRTZ, *Das Vermächtnis*

ulteriori esempi di elaborazione scientifiche o normative (pur se talora nei limiti di una meno consapevole considerazione del problema) non mancano di confermare quest'impressione di una generalizzata uniformità quanto alle premesse ed alle soluzioni accolte ⁽⁶⁶⁾.

im schweiz. Z. G. B., Zürich, 1937, p. 10 s.; nella letteratura austriaca WEISS, *op. cit.*, p. 211 ss.

⁽⁶⁶⁾ La possibilità che una « diseredazione » operi pure nel campo della semplice successione intestata, con l'autonomo effetto di escludere dalla vocazione taluno dei successibili *ex lege*, sembra ormai ammessa anche da una parte autorevole della letteratura spagnola: ROCA SASTRE, *Notas a la 8ª ed. alemana del Tratado de derecho civil de Enneccerus*, IV, 1, Barcellona, 1951, p. 58 (cit. da SANTAMARIA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, p. 831; quest'ultimo a., però, in tale punto richiama ancora la teoria dell'istituzione implicita); SANTAMARIA, *Comentarios*, I, cit., p. 687; *contra* ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, Barcellona, 1956, p. 250: l'opinione accennata, d'altronde, risulta perfettamente compatibile con la definizione di testamento dell'art. 667 c. civ. spagnolo e con la larga interpretazione che, quanto al possibile contenuto del negozio, ne dà la dottrina (si vedano, ad es., PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, V, *Sucesiones*, I, Madrid, s.d., p. 76 ss.; SANTAMARIA, *Comentarios*, I, cit., p. 687).

Espressamente sancisce validità ed autonomia della fattispecie l'articolo 1713 del codice civile greco del 1946, seguendo anche sul punto l'esempio del codice germanico.

Nella *common law* inglese la soluzione è ugualmente positiva, benché su basi analoghe a quelle del principio francese « *exclure, c'est instituer* », risultando posto il problema in termini di *implication* della volontà espressa dal testatore: cfr. WILLIAMS, *The law relating to wills*, 2ª ed., London, 1961, p. 630, che ricorda i precedenti di *Vachell v. Breton* (1706) 5 Brown's Parl. Cas. 51, e *Bund v. Green* (1879), 12 Ch. D. 819, 28 W. R. 275 (pare non sia stata invece riconosciuta efficacia alla mera esclusione in quanto tale: *Re Holmes, Holmes v. Holmes*, 62, L. T. 383, *ivi cit.*).

Non chiara, infine, è l'attuale posizione del problema in diritto sovietico. Prima del 1945, la nota 1 all'art. 422 del Codice civile attribuiva espressamente al testatore il potere di escludere — con i soli limiti di cui alla nota 2 — uno, più o tutti i successibili legittimi, designati nel

Persino in Francia, del resto, letteratura e giurisprudenza, le quali — forse in seguito ai condizionamenti storici di cui si farà cenno più avanti — sono rimaste in teoria ferme ⁽⁶⁷⁾ al vec-

§ 1 dell'art. 418; ma nel modificare il testo dell'art. 422, la legge di riforma del 1945 non aveva riprodotto le note aggiuntive in questione, lasciando a quanto pare il problema aperto (in tal senso era l'esplicito pensiero di ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Traité de droit comparé*, II, Paris, 1950, p. 370; mentre la facoltà di diseredazione — fuori dai limiti della « legittima » — era senz'altro considerata ancora in vita da OSSIPOW, *Le droit successoral soviétique*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1949, p. 265, 267; e da FRIDIEFF, *Les héritiers dans le droit soviétique actuel*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1955, p. 89, il quale precisava gli effetti assoluti e definitivi di questa « esclusione », e sembrava stimare — cfr. *loc. cit.*, nota 28 — la riforma del 1945 unicamente diretta, in materia, ad eliminare l'ordine di devoluzione della parte del successibile legittimo diseredato, così come risultava in precedenza stabilito dalla cit. nota aggiuntiva 1 dell'art. 422; analogamente orientato sembrava pure TARCHOW, *Vorlesungen über das Sowjetische Zivilrecht*, Berlin, 1955, p. 146-147; per altri schiarimenti v. GSOVSKI, *Soviet civil law*, trad. Yntema, Ann Arbor, Univ. of Michigan Law School, 1948, I, p. 631 ss., e II, p. 223-224). Non si conosce, per contro, se e come il problema sia stato risolto nelle nuove *Norme fondamentali della legislazione civile dell'URSS*, entrate in vigore il 1° maggio 1962, e nei codici delle singole Repubbliche, cui è demandata l'ulteriore disciplina dei rapporti di diritto civile (v., per qualche notizia sul primo testo, BRATUS', *La nuova legislazione civile dell'URSS* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1153; e, sul relativo progetto, HASTRICH, *Die öffentliche Diskussion um die Gestaltung der Grundlagen der Zivilgesetzgebung der UDSSR*, in *Osteuropa Recht*, 1962, p. 255).

⁽⁶⁷⁾ Solo (e forse grazie all'influsso dell'impostazione germanica) ZACHARIAE-CROME, *Manuale di diritto civile francese*, IV, trad. it., Milano, 1909, p. 261, nota 7, non mostrano titubanze ad affermare che in diritto francese « la diseredazione è valida non solo quando implicitamente contenga un'istituzione degli eredi del grado successivo, ma è valida anche indipendentemente da ciò ». In realtà, sostanzialmente identica affermazione si ritrova, e assai recisamente, nelle conclusioni di LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 268, 715: benché l'a. non sappia sottrarsi completamente alla vischiosità della teoria tradizionale, e muova proprio da

chio principio « *exclure, c'est instituer* » ⁽⁶⁸⁾, in pratica non si allontanano per vero da risultati sostanzialmente analoghi a quelli ora indicati, superando con la consueta notevole disinvoltura, in sede di applicazione, i limiti astratti della soluzione professata ⁽⁶⁹⁾. Talché non a caso — specie sotto l'influsso della celebre

una formale adesione al principio « *exclure, c'est instituer* » (cfr. p. 249 e 254).

(⁶⁸) In giurisprudenza sono fra le pronunce più significative: il celebre *arrêt Dugied*, cui si fa risalire la genesi dell'attuale orientamento (Cass. franc., 7 giugno 1832, in *Sirey*, 1832, I, p. 542-543, che confermava C. Colmar, 22 giugno 1831, in *Sirey*, 1832, II, p. 51-53, a sua volta concorde con T. Strasbourg, 20 dicembre 1830, *ibidem*); C. Bordeaux, 20 agosto 1850, in *Dalloz*, 1851, II, p. 31 (che lancia la formula « *exclure, c'est disposer* », poi divenuta adagio tradizionale); Cass. franc., 10 febbraio 1869, in *Sirey*, 1869, I, p. 153 (caso *Dautreville*), che consolida definitivamente l'indirizzo; e Cass. franc., 15 aprile 1885, in *Sirey*, 1886, I, p. 453; C. Paris, 13 dicembre 1901, in *Sirey*, 1902, II, p. 37 ss.; Cass. franc., 19 novembre 1906, in *Sirey*, 1907, I, p. 452 s.; C. Rouen, 22 marzo 1918, in *Sirey*, 1918-1919, II, p. 102 ss.; Cass. franc., 5 dicembre 1923 (caso *Manheimer*) e Cass. franc., 3 luglio 1924, in *Sirey*, 1924, I, p. 297 ss.; C. Poitiers, 29 marzo 1933, in *Sirey*, 1933, II, p. 232; da ultimo, le citate C. Paris, 27 gennaio 1942, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836, e Cass. franc., 20 luglio 1943, in *Sem. jurid.*, 1943, II, 2450 (caso *Horüp*); inoltre Cass. franc., 13 dicembre 1943, in *Sem. jurid.*, 1944, II, 2626; C. Aix, 28 giugno 1948, in *Sem. jurid.*, 1948, II, 4617. Per la dottrina v. gli autori cit. *retro* nota 17; cui *adde* SIMONNET, in *Sirey*, 1924, I, p. 279 ss.; COLIN, in *Dalloz*, 1902, II, p. 177 s.; e già la requis. di RAYNAL, in *Sirey*, 1864, I, p. 8 (ove si può trovare la critica di certe obiezioni pseudomorali sollevate da scrittori del tempo).

(⁶⁹) Non è, questa, che una limitata riprova di certo empirismo caratterizzante il metodo di elaborazione del diritto in Francia: dal metodo discendono sia un « antiformalismo » che non ha mancato di dare frutti positivi (GORLA, voce *Diritto comparato*, cit., p. 939 e nota 29; l'apone in luce come per questa via il diritto francese si sia, più degli altri diritti « continentali », avvicinato ai sistemi di *common law*), sia qualche eccesso, che ha fatto recentemente parlare di « impressionismo », e addirittura di « esistenzialismo » giuridico (delle reazioni e polemiche che, per altri campi, tali eccessi hanno provocato in alcuni strati del

dottrina dell'*arrêt Manheimer* ⁽⁷⁰⁾, la quale ha definitivamente sancito la regola per cui la disposizione d'esclusione non perde efficacia anche in caso di « caducità » dell'istituzione ad essa correlativa ⁽⁷¹⁾ — qualche moderno autore è stato portato a met-

pensiero giuridico francese, un'eco si ritrova da ultimo nel garbato scritto di WALINE, *Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique: faut-il tuer le catégories juridiques?*, in *Mélanges en l'honneur de Dabin*, I, Paris, 1963, p. 359 ss.).

⁽⁷⁰⁾ Cass. franc., 5 dicembre 1923, in *Sirey*, 1924, I, p. 297 ss. Per la valorizzazione di questa sentenza come il cardine della moderna dottrina in ordine al profilo effettuale dell'*exhérédation*, v. KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 29; VOIRIN, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836.

⁽⁷¹⁾ Soluzione ormai pacifica, in Francia, secondo la consolidata massima che « *l'exclusion se suffit à elle même* »: cfr., per tutti, BARRÈRE, *L'exhérédation*, cit., p. 326 ss.; R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments* ², II, cit., p. 165-166; RIPERT-BOULANGER, in *Traité élém. de dr. civ.* ⁴, III, cit., p. 690; SIMONNET, *op. cit.*, in *Sirey*, 1924, I, p. 297 (già, del resto, ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 72 e 75 ss.; LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 257-264; VALLIER, *Le fondement du droit successoral*, cit., p. 309). In giurisprudenza, la soluzione prevale fin dal C. Bordeaux, 20 agosto 1850, cit., e da Cass., 10 febbraio 1869 (caso *Dautreville*, cit.), non senza peraltro iniziali contrasti (le primitive manifestazioni contrarie sono ricordate da LAMBERT, *op. loc. cit.*); ma v. molto decisamente Cass., 15 aprile 1885, in *Sirey*, 1886, I, p. 453: « *l'exhérédation dont il a été l'objet et l'institution implicite des héritiers du degré subséquent sont deux dispositions indépendantes, pouvant recevoir chacune leur pleine et entière exécution, sans que la sort réservé à l'une puisse avoir aucune influence sur la sort réservé à l'autre* »; e Cass., 19 novembre 1906, cit.. Dopo la decisione del 1923, il principio non è stato più messo in discussione. Cfr. da ultimo il punto in VOIRIN, *op. ult. cit.*. In realtà — dopo LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., specie p. 258 ss. — il solo apprezzabile tentativo di dare insieme una corretta impostazione al problema (p. 99 ss.) ed un'interpretazione sistematica alle cennate soluzioni giurisprudenziali (p. 110 ss.), sembra essere per il momento quello compiuto in R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *Les successions ab intestat* ², I, cit.: ma stranamente scarsi sono i frutti che tali tentativi, per vero suscettibili di larghi

tere marcatamente l'accento sul carattere di « clausola autonoma » dell'*exhérédation* ⁽⁷²⁾. Anzi sembra comincino, da ultimo, a levarsi voci le quali — presa coscienza di come molte decisioni da tempo unanimamente accolte mal si concilino in realtà con le implicazioni dell'adagio « *exclure, c'est instituer* » ⁽⁷³⁾ — più non esitano a prospettarsi, sebbene ancora confusamente, l'idea che l'« esclusione », fornita di effetti assoluti ⁽⁷⁴⁾ e quindi vivente

sviluppi, hanno sinora raccolto nella restante dottrina di lingua francese (appare sul punto soffocato dall'adesione a una tesi preconcepita l'approfondimento, per altri aspetti notevole, di SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, Paris, 1961, p. 68 ss.).

⁽⁷²⁾ KUHN, *op. cit.*, p. 91. Ma v. già R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *op. cit.*, p. 110-111; e ancor prima, con decisione, LAMBERT, *op. cit.*, p. 258-268, secondo il quale occorre anzi guardarsi dal « credere che le clausole di diseredazione non ricevano effetto che nella misura in cui costituiscono liberalità indirettamente indirizzate a terzi », poiché esse valgono appunto « en elle mêmes », in quanto destinate a « effacer la successibilité » (p. 715): vero essendo, in definitiva, che il testatore « peut exhériter aussi bien qu'il peut instituer; détruire le titre aussi bien que le conférer », e che « l'exhérédation se présente utilement comme disposition principale, indépendante de toute institution » (p. 268). Da ultimo, nel medesimo senso, e non meno perentoriamente, SOUM, *La transmission*, cit., p. 90, nota 2 (« en effet, l'exhérédation est une disposition négative excluant quelqu'un et qui se suffit à elle même »), e soprattutto p. 155 (mediante la diseredazione, il testatore è libero di « ritirare il titolo » all'erede legittimo).

⁽⁷³⁾ Si vedano, in particolare, le soluzioni di cui *retro*, nota 38 (ipotesi di attribuzioni solo « progettate » al momento della confezione del testamento negativo) e quelle appena menzionate alle note 70 e 71 (ipotesi di « caducità » della disposizione positiva). A VOIRIN, *op. ult. cit.*, non sfugge ormai la lampante circostanza che, in tutti questi casi, « l'adage *exclure c'est disposer* se trouvait en défaut ».

⁽⁷⁴⁾ Stando alla recisa messa a punto di ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 75, « l'erede diseredato è nella stessa situazione che l'erede rinunziante o indegno, il suo titolo è assolutamente soppresso per tutti e di fronte a tutti ». Riprende quasi letteralmente l'affermazione SOUM, *La*

di vita propria, possa di per sé stessa (purché rivestita delle forme testamentarie e sorretta da un sicuro *animus testamentum faciendi*) configurarsi come valida « disposizione » d'ultima volontà ⁽⁷⁵⁾. E significativamente già da tempo v'è stato chi ha

transmission, cit., p. 155; conformi anche KUHN, *op. cit.*, p. 78; LAMBERT, *op. cit.*, p. 268.

(75) VOIRIN, in *Sem. jurid.*, 1943, II, 2450, ove si riconduce la validità della disposizione d'esclusione all'assunto, che dato tipico del testamento non è tanto la funzione « attributiva » di beni, quanto « il carattere di disposizione d'ultima volontà che presenta il suo contenuto ». Pur insistendo (*op. loc. cit.*, e in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836) sulla necessità che, in fatto, risulti a tal fine una chiara e precisa « volontà giuridica », cioè uno specifico *animus testamentum faciendi*, l'a. non manca di rilevare come — se si scartasse l'accennato punto di vista e si pretendesse sempre richiesta un'attribuzione di beni come base del testamento — si dovrebbe logicamente decidere che in caso di caducità dei *legs* anche la diseredazione divenga inefficace. L'esplicita conclusione cui perviene VOIRIN (in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836) è che l'*exhérédation* « esclude definitivamente dalla successione », e possiede questa virtù in sé stessa, anche in assenza di ogni disposizione di beni, o qualunque sia la sorte della disposizione di beni che l'accompagna: « elle n'a pas besoin d'être vivifiée par un legs, même implicite ». L'impostazione menzionata contiene fermenti per ora embrionali, ma non isolati: illuminante al riguardo la massima della cit. Cass., 20 luglio 1943: « un acte répondant aux conditions de forme de l'article 970 c. c., ne cesse pas d'être un testament du fait qu'il ne contient aucune attribution de biens; il vaut testament s'il constitue un acte de dernière volonté, circonstance que les juges du fond apprécient souverainement ». V. anche COLIN-CAPITANT, *Cours élém. de droit civil français*, III, 10^a ed. a cura di JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Paris, 1950, p. 908 (secondo i quali la validità della disposizione d'esclusione è da ricollegare al fatto che, dovendosi interpretare in senso ampio la formula « dispose... de tout ou partie de ses biens » dell'art. 895 *code civil*, v'è testamento ogni qualvolta vi sia un atto, rispondente alle forme di legge, che pur non contenendo alcuna attribuzione di beni sia manifestazione di una volontà « de poser une règle pour le moment où il ne sera plus »). *Contra*, su posizioni ancora conservatrici, NAQUET, in *Sirey*, 1910, II, p. 114 (nel senso che il testamento è solo attribuzione di beni); cfr. altresí, per qualche spunto, e per un

giudicato le costanti soluzioni giurisprudenziali sull'istituto mature per ricevere sanzione in un articolo di codice precisamente uguale al § 1938 *B. G. B.* ⁽⁷⁶⁾: indirizzo che d'altronde ha trovato espressa e chiarificante rispondenza nel recente *Avant-projet de code civil* ⁽⁷⁷⁾.

Se dunque sarebbe a questo punto logico attendersi in Francia una coerente revisione del principio teorico sinora formalmente richiamato a giustificazione della rilevanza della fattispecie, sta comunque per fermo che nelle soluzioni pratiche sostanzialmente non esistono, tra i sistemi di tipo francese e quelli di tipo germanico, divergenze di fondo in ordine al trattamento riservato alla disposizione d'esclusione. Il che — mentre ancora una volta dà ragione a coloro i quali inclinano oggi a ricercare nei vari ordinamenti, al di là delle sovrastrutture dogmatiche, le concrete regole del « diritto in azione », segnalando come a questo livello sia spesso possibile ritrovare parallelismi in singolare antitesi rispetto alla discorde apparenza delle costruzioni

panorama delle incertezze e confusioni persistenti sul tema nella dottrina e giurisprudenza francesi, LOUSSOUARN, voce *Testaments*, in DALLOZ, *Encyclopédie juridique, Rép. de droit civ.*, V, Paris, 1955, n. 8, p. 338. Ma v. ora, per un nuovo esplicito cenno critico nei confronti della tradizionale costruzione della *exhérédation*, SPITERI, in *Sem. jurid.*, 1965, II, 1480.

⁽⁷⁶⁾ KUHN, *op. cit.*, p. 91. Pure a BARRÈRE, *L'exhérédation*, cit., p. 257, nota 1, non passa inosservato che « ainsi les solutions françaises de la pratique rejoignent l'article 1938 de Bürgerliches Gesetzbuch » (ma gli sviluppi successivi sono affatto deludenti).

⁽⁷⁷⁾ Il progetto prevede infatti un'apposita sezione (art. 952-955) regolante l'*exhérédation* (cfr. *Avant-projet de code civil*, II, Livre II, *Des successions et des libéralités*, Paris, 1962, p. 161-162). Come conferma l'*Esposé des motifs* (*ibidem*, p. 87-88), la disciplina proposta è « nell'insieme conforme alle soluzioni attualmente ammesse »: così riceve consacrazione l'idea dell'autonomia effettuale della clausola d'esclusione; ed è affermato (pur con residue incertezze di motivazione), il conseguenziale principio che l'erede, il quale beneficia dell'esclusione, succede *ex lege*, non *ex testamento* (art. 953).

scientifiche, e talora delle stesse normative ⁽⁷⁸⁾ — nel contempo rappresenta per il nostro tema una constatazione di grande importanza.

Invero, l'emersa limpida ed omogenea tendenza del « diritto applicato » nei principali ordinamenti « continentali » verso una positiva ed uniforme valutazione dell'esclusione testamentaria ⁽⁷⁹⁾,

⁽⁷⁸⁾ Di tale metodo di lavoro (e dei risultati cui può condurre anche nell'ambito di una ricerca limitata) un ottimo esempio è offerto dal recente scritto di SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960 (cfr. specialmente le rilevazioni contenute alle c. 1429, 1434 e 1435). L'indirizzo si ricollega alle moderne e più corrette impostazioni comparatistiche (v., da noi, il fondamentale studio di GORLA, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati col metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955). Non a caso, sotto lo specifico profilo considerato, è stato perspicuamente notato come uno dei compiti principali della comparazione (almeno in un certo ambito tradizionale) sia di ricercare appunto « la sostanza comune (degli istituti) in una diversità veramente notevole di forme, strutture, categorie, concetti, metodi dell'attività giuridica », di vedere « cosa stia dietro alla facciata di quelle differenze » e fino a che punto la « sostanza » sia la stessa nonostante le apparenze contrarie (GORLA, voce *Diritto comparato*, cit., p. 934-935); e per altro verso segnalato (Rudolf B. SCHLESINGER, *Il « nucleo comune » nei vari sistemi giuridici: un nuovo campo di studi comparativi all'orizzonte*, trad. in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963; pure da ciò l'a. deduce la superiorità del *factual method*) quale « ben noto truismo » che « sistemi giuridici diversi, anche negli innumerevoli casi in cui giungono a risultati identici, adottano in genere procedimenti concettuali diversi » (p. 73), e che spesso « le diversità esistenti fra i vari sistemi giuridici risiedono più nei metodi di sistemazione e classificazione adottati, che nei risultati effettivamente raggiunti » (p. 77). La legittimità e doverosità d'una distinzione tra « *law in action* » e « *law in the books* » si trova da ultimo puntualizzata nella cit. voce di GORLA, *Diritto comparato*, p. 944-945, n. 10.

⁽⁷⁹⁾ Tale concordanza si esprime — come dimostrato — nella generale ammissione della validità della disposizione d'esclusione; della sua autonomia sul piano dell'efficacia; della sua operatività nel senso d'impedire la vocazione dell'escluso, con conseguente chiamata *ex lege* dei successibili ulteriori (per la dominante conforme soluzione giurisprudenziale

non può non destare l'attenzione del comparatista, nella misura in cui fa risaltare quale vistosa anomalia l'opposto indirizzo dominante nella dottrina italiana.

D'altra parte, se il corretto uso del metodo comparativo come strumento di ermeneutica interna rifiuta la meccanica ricezione, postula almeno la comprensione dei motivi giustificanti le diversità; e in relazione al problema esaminato va francamente detto che tali giustificative non risultano in alcun modo identificabili ⁽⁸⁰⁾. Cosicché la comparazione stimola, in ultima analisi, l'interprete della nostra normativa esattamente nella stessa direzione, che anche in linea puramente logica appare la più conseguente, ossia ad un approfondimento delle prospettive dommatiche suscettibili di portare la disposizione di esclusione a una autonoma e praticamente congrua sistemazione.

8. — Prospettive di questo genere sembrano venir aperte solo dalla teoria della « disposizione testamentaria negativa ». Ma occorre precisare in qual senso, entro quali limiti, e in vista

sull'ultimo punto, in Francia, cfr. le recenti ampie notizie di LOUSSOUARN, voce *Legs*, in *Enc. jurid. Dalloz*, III, cit., p. 34, n. 19).

(80) Per quanto riguarda in particolare il § 1938 del *B. G. B.*, è da ritenere che la mancanza di una norma analoga nel nostro codice non sia da ricondursi a sostanziale differenza tra i sistemi italiano e tedesco di diritto testamentario, ma piuttosto alla nota maggior completezza e analicità del Codice germanico, che ha opportunamente (si può ricordare al proposito il voto di ROGUIN, *Traité de droit civil comparé, Les successions*, III, Paris, 1912, p. 492) regolato in modo espresso la figura, nondimeno implicita (cfr., infatti, il passo dei *Motive*, cit. in nota 58, assieme all'osservazione corredante il progetto del codice civile svizzero ricordata in nota 62) nell'odierna concezione del testamento quale strumento di esplicazione dell'autonomia privata in campo successorio. Si consideri, anzi, come — per le risapute ragioni storiche — sarebbe in diritto germanico ben più che nel nostro comprensibile un favore per la successione familiare a scapito della libertà testamentaria, e tale da influire in senso limitativo sul possibile contenuto del testamento.

di quali sviluppi sia proponibile, allo stato attuale dell'indagine, l'affermazione che in detta formula l'istanza di corretta sistemazione della fattispecie può trovare naturale appagamento.

Si tratta d'impostare, sia pure a titolo sperimentale, in considerazione dell'almeno normale riconoscimento che nel sistema incontra l'autonomia privata, un problema di pura « costruzione » dell'atto diseredativo. Di partire dall'indispensabile (e d'altronde già compiuta) individuazione dell'elemento di fatto della figura da valutare ⁽⁸¹⁾ — quindi dal riscontro dell'esistenza nella disposizione di una effettiva « volontà negoziale » ⁽⁸²⁾, e del suo caratterizzarsi in base ad un tipico e autonomo indirizzo funzionale — per porsi la seguente domanda: quale sarebbe in astratto lo strumento logico-formale capace di meglio garantire la fedele traduzione del contenuto pratico-precettivo dell'atto in termini di efficacia giuridica. Ovviamente simile indagine presuppone, come semplice ipotesi di lavoro, l'idoneità dell'esaminata « regola » negoziale a venir giudicata, di per sé, non solo lecita ma anche oggettivamente rientrante nell'ambito del potere dispositivo del testatore. Ed è chiaro che proprio quest'ipotesi dovrà essere in seguito controllata alla stregua d'impegnative verifiche, segnatamente quella concernente rilevanza e limiti dell'autonomia negoziale in campo successorio: per quanto, a sottolinearne il grado di plausibilità, meriti sin da ora notare che secondo

⁽⁸¹⁾ LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Roma, 1964, p. 21 ss., 64 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 354.

⁽⁸²⁾ L'obiezione, secondo cui « disporre negativamente equivale a non disporre » (CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 388; L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 53), rappresenta il prodotto della confusione tra due concetti assai lontani, quali il « non volere » e la presenza di una « volontà a contenuto negativo » (sulla distinzione, seppure ad altro proposito, v. ad es. ALLARA, *La revocazione*, cit., p. 94; FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s. d., ma 1943, p. 141).

l'ordinamento vigente il privato, osservati i confini della c.d. « quota disponibile », è sostanzialmente libero di regolare come vuole la propria successione, sicché non si vede, a rigor di logica, per qual motivo dovrebbe essergli interdetto di esercitare tale facoltà anche nella forma meramente negativa dell'esclusione.

Se, ad ogni modo, si accetta di guardare per un momento il problema dall'accennato punto di vista, risulta certo evidente come la proiezione sul piano tecnico di quello che costituisce l'obiettivo pratico essenziale della diseredazione — paralizzare in sede di successione intestata la chiamata ereditaria di uno tra i soggetti virtualmente designati dalla legge — s'operi con la massima spontaneità e linearità appunto tramite il riferimento al concetto di « efficacia negativa » della fattispecie ⁽⁸³⁾. Che cioè, per esprimersi con maggior precisione, lo schema costruttivo più semplice e razionale, in rapporto all'evento cui il « regolamento » negoziale tende, è dato dalla configurazione della disposizione d'esclusione come fattispecie impeditiva della vocazione dell'escluso ⁽⁸⁴⁾; o se si vuole — la formula è concettualmente

⁽⁸³⁾ Per questa categoria effettuale cfr. già ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, s.d. (ma 1941), p. 128; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 193 s. (in nota).

⁽⁸⁴⁾ Al concetto di « fatto impeditivo » (per spiegare l'efficacia della diseredazione) hanno fatto ricorso anche Cass., 14 ottobre 1955, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 255, e App. Firenze, 9 settembre 1954, cit., in *Foro pad.*, 1955, I, c. 58. Al fine d'approfondire l'aspetto formale della classificazione, appare quasi superfluo sottolineare che, mentre un senso ovviamente diverso la categoria del « fatto impeditivo » assume, a proposito dell'onere della prova, nella dottrina processualistica (cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 272 ss.), tale categoria non presentando alcuna autonomia sul piano sostanziale (FINZI, *Sull'efficacia semplicemente conservativa ecc.*, *Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, p. 163 ss., e già in *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, p. 349 ss.; FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 57; e CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 113; CORDERO, *Le situazioni soggettive nel*

equivalente ⁽⁸⁵⁾ — come fattispecie avente l'effetto di togliere

processo penale, Memorie Ist. Giur. Univ. di Torino, s.d., ma 1956, p. 53, nota 34; OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, in *Komm. z. B.G.B.*, I, 3^a ed., Berlin, 1926, p. 321; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 44, in nota; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutsch. bürgerl. Rechts*, II, 1, Leipzig, 1914, p. 10 s.); nella teoria della dinamica giuridica sostanziale la « fattispecie impeditiva » viene ad acquistare valore di autonoma figura sistematica proprio nella misura in cui, omogeneamente alle altre fattispecie (costitutive, modificative, estintive, ecc.), si individua sul piano degli effetti (nel caso specifico, la fattispecie è in funzione di « effetti impeditivi, cioè consistenti nell'impedimento del verificarsi di un altro effetto »: RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 194, in nota 5; cfr. anche FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 206; ed in generale, sul concetto, PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*², III, Milano, 1935, p. 64). Si può piuttosto ricordare come, in una problematica per certi versi analoga, la dottrina penalistica distingua (con particolare riferimento alle cause di giustificazione) tra « elementi negativi » della fattispecie e « fatti impeditivi », affermando che di « fatto impeditivo » è corretto parlare, da un punto di vista logico, solo quando si rapporti « l'efficacia paralizzatrice ad un processo di qualificazione già iniziato » (M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 19 nota 29, 25; Id., *Il dolo, oggetto ed accertamento*, Milano, 1953, p. 112; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 194, nota 74; C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 60; SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 119; nello stesso senso: MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 277, 287). Questa formula, tecnicamente discussa, ma descrittivamente efficace, si riallaccia all'impostazione di pensiero introdotta in Italia da FALZEA (cfr. *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 14) e facente perno sul concetto di « qualificazione » della fattispecie (cfr., su esso, anche PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3^a ed., Padova, 1953, p. 41 ss.; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 46 ss.) e sulla distinzione, considerata fondamentale, tra « rilevanza » ed « efficacia » del fatto giuridico (si veda, in proposito, specialmente FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 6 ss., 24 ss., e, dello stesso, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 21 ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 22 ss.; MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, Milano, 1949, p. 13 ss.; M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 4 ss.; nello stesso senso, in dottrina tedesca,

valore alla situazione familiare dell'escluso (in sé rilevante) ai fini della successione *ex lege* ⁽⁸⁶⁾.

già ad es. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, p. 7 s.; OERTMANN, *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924, p. 77 ss.; per ulteriori sviluppi e puntualizzazioni cfr. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 33 ss., e SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 339 ss.). In tale ordine di idee la nota distinzione tra « presupposti di qualificazione » (connessi alla « rilevanza ») e « presupposti di mera attribuzione delle conseguenze giuridiche » (connessi all'« efficacia ») (cfr. FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 7 ss.; contra PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, in *Annali della Fac. giur. dell'Univ. di Camerino*, 1940, p. 10, nota 5, e 159, nota 1) dovrebbe consentire l'individuazione del momento di cesura tra le fasi della « qualificazione » e « non qualificazione », al fine di determinare la natura, di « effetto impeditivo » o « elemento negativo », in rapporto alla circostanza che interviene con efficacia paralizzante. V., per un recente ripensamento del problema concettuale, anche GRASSO, *Profilo sostanziale e profilo processuale della fattispecie impeditiva nella fideiussione con beneficio di escussione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 85 ss.

(⁸⁵) Tra la figura della « fattispecie ad efficacia impeditiva di un effetto giuridico » e quella della « fattispecie diretta a togliere valore ad un fatto giuridico » sussiste, di regola, sostanziale coincidenza: si tratta null'altro che di due diversi schemi (e punti di vista) per descrivere, sul piano sistematico, un medesimo fenomeno normativo. Per un'approfondita elaborazione di questi concetti cfr. ALLARA, *La teoria generale del contratto* ², cit., p. 33 ss.; *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 30 ss. (specie p. 34 ss.); *La revocazione*, cit., p. 72 ss.; e da ultimo (con particolari applicazioni in materia testamentaria), *Principi*, cit., p. 150 ss.

(⁸⁶) E, naturalmente, soltanto a detti fini. Sembra questa in sostanza la conclusione cui, pur senza consapevolezza dommatica, anche la più accorta dottrina francese perviene quando, in base alla rilevazione della consacrata efficacia « assoluta » della clausola, asserisce che l'*exhérédation* fa perdere « la qualità d'erede », o « il titolo d'erede » (ADAM, *op. cit.*, p. 75; R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *op. cit.*, p. 110-111; HEMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, III, 2^a ed. a cura di MOREL, Paris, 1936, p. 325; KUHN, *op. cit.*, p. 78; LAMBERT, *op. cit.*, p. 268; SOUM, *La transmission*, cit., p. 155). Se d'altronde, in rapporto agli antecedenti

In linea teorica, dunque, un persuasivo inquadramento dell'istituto appare agevolmente raggiungibile sulla scorta di una prospettazione tecnica che — mentre presenta il vantaggio di

storici (il principio « *Deus solus heredes facere potest* »), alla nomenclatura legislativa (« *legs* », non istituzione d'eredità), a taluni riflessi pratici (*saisine*, diritti « familiari » o « personali », ecc.), il problema dell'ammissibilità di simile costruzione con riguardo al diritto francese può a prima vista porsi in termini maggiormente complessi, da noi non sussistono per certo analoghe difficoltà. Anzi — siccome è fuori di dubbio che il codice civile italiano non attribuisce ai c.d. *héritiers du sang* alcuno *status* particolare a prescindere dalla loro effettiva vocazione (v. anche MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 12), risulta evidentemente priva di pratica rilevanza, almeno sotto il profilo considerato, la polemica tra coloro che vedono la « qualità d'eredità » come presupposto dell'acquisto patrimoniale (NICOLÒ, *Vocazione ereditaria*, cit., specie p. 137 ss.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1949, p. 73 ss.; RADAELLI, *L'eredità giacente*, Milano, s.d., ma 1948, p. 32 ss.; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, p. 44-45; incidentalmente anche Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 138, seguito da F. ROMANO, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 770 ss.), e la contraria dottrina, che considera invece la cennata qualifica come una « mera sintesi verbale, con cui si esprime, a parte subiecti, l'avvenuta successio in ius » (MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 58; e CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 1, Napoli, 1955, p. 102 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 1961, p. 19 ss.; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di « status »*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1938, p. 261; FEDELE, *La compravendita dell'eredità*, Torino, 1957, p. 72 ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, p. 260; PULBO, *Riduzione e collazione*, Milano, 1960, p. 134-138; SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Mem. Ist. giur. Univ. di Torino, s.d., ma 1956, p. 160 ss.). Quanto poi ai c.d. diritti « personali » competenti al successore universale (v. l'accurata elencazione di G. STOLFI, *Concetto d'eredità*, in *Scritti giur. in on. di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 614-615), sia che li si voglia considerare attributi insiti nella « qualità » dell'eredità come

spiegare *recta via*, senza inutili diaframmi, gli effetti della diseredazione — porge nel contempo una soluzione anche praticamente impeccabile, in quanto assicurante piena e completa attuazione all'« intento empirico » che contraddistingue la peculiare disposizione. Né sfugge, del resto, come la conferma più significativa della reale aderenza della soluzione affacciata ad un'equa valutazione degli interessi in giuoco possa esser rinvenuta proprio nel diritto « vivente », la cui uniformità in materia si delinea con chiarezza attraverso le concordi indicazioni scaturenti per un verso dalla ricerca comparatistica, e per l'altro dall'esame della nostra più moderna e avanzata giurisprudenza ⁽⁸⁷⁾.

Per nulla conclusiva, come ovvio, la rilevazione assume tut-

« continuatore della personalità del defunto » (G. STOLFI, *op. cit.*), sia che si concepisca la loro assegnazione come diretta designazione operata *ab estrinseco* e aggiuntivamente dalla legge per ragioni di opportunità (L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 29 ss.), resta chiaro che ad ogni modo nel nostro sistema la loro spettanza dipende sempre — anche per i parenti (e purché non si tratti, ovviamente, di legittimazione conferita al familiare in quanto tale, e non in quanto « erede »: v., ad es., art. 246 e 249 c. civ.) dall'effettiva vocazione all'eredità. D'altra parte, v. ormai anche in Francia l'impostazione seguita da SOUM, *La transmission*, cit., p. 113 ss.; e cfr. (seppure con una diversa prospettiva) DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, IX, *Les successions*, Bruxelles, 1946, p. 24 ss.

(⁸⁷) Vedi specialmente le cit. App. Napoli, 21 maggio 1961, e App. Firenze, 9 settembre 1954. Quest'ultima sentenza, in una pregevole motivazione (cfr. *Foro pad.*, 1955, I, c. 48 ss., con nota critica di L. FERRI, e *Giur. it.*, 1955, I, 2, c. 750 ss., con nota adesiva di TRABUCCHI; la decisione è stata confermata da Cass., 14 ottobre 1955, cit., in carenza peraltro di specifico gravame sul punto relativo alla validità della diseredazione), giustamente dando per superata la vecchia teoria francese dell'istituzione implicita — a cui la nostra giurisprudenza era sinora rimasta ferma, pur non abbandonando l'orientamento favorevole all'efficacia della disposizione d'esclusione — ha riconosciuto che « la diseredazione costituisce un atto di disposizione (negativo) del patrimonio, in quanto esclude dalla successione chi altrimenti vi sarebbe chiamato », e che pertanto essa è idonea, come tale, a costituire valido contenuto del testamento.

tavia, nell'economia dell'indagine, una precisa funzione problematica. Essa infatti pone perentoriamente l'esigenza di accertare — per un ripensamento della loro validità — quali cause ideali abbiano spinto la nostra dottrina al deciso rigetto della soluzione in parola, costringendola in tal modo a cercare per la disposizione d'esclusione schemi logici diversi (peraltro provatamente inadeguati quanto artificiali), o a rifugiarsi viceversa nella poco soddisfacente opinione che disconosce ogni valore alla fattispecie.

9. — Prima di procedere oltre, però, giova corroborare ancora sotto un ultimo profilo la legittimità del discorso così avviato. Contro la stessa astratta possibilità di esistenza di un problema di disposizione testamentaria « negativa » nell'ambito dell'ordinamento successorio vigente, una pregiudiziale contestazione è stata invero sollevata muovendo da argomenti di carattere storico ⁽⁸⁸⁾. S'è affermato che, anche a voler prescindere da ogni questione di ipotetica congruenza della fattispecie rispetto a contenuto e limiti della nozione generale di testamento emergente dalla sistematica legislativa, l'odierna inammissibilità di un'esclusione testamentaria degli eredi legittimi risulterebbe già concretamente quanto sicuramente dimostrata dall'abolizione codicistica dell'antico istituto dell'*exheredatio*. Definitivo coronamento di un processo storico graduale e precisamente rivolto, sotto la spinta di tendenze moralizzatrici, a sostituire l'originaria libertà di « diseredare » secondo proprio capriccio i parenti con il più giusto sistema dell'esclusione dalla successione solo per colpe rigorosamente fissate dalla legge, l'avvenuto assorbimento del menzionato istituto nella figura legale dell'indegnità a succedere importerebbe, come necessaria conseguenza, non es-

(88) L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 232 ss. L'argomento è accolto anche da CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 385 s., ed ha in genere non poco influenzata la dottrina successiva: v., per tutti, L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 144 ss. (cfr. con le conclusioni di p. 218).

sere giuridicamente più concepibile altra « esclusione » dei successibili *ex lege* oltre a quella sancita dalla legge stessa. Trovando infatti la diseredazione nell'indegnità del diritto moderno la sua diretta continuazione, ammettere ancora l'esclusione testamentaria equivarrebbe a riconoscere arbitrariamente ai privati « la possibilità di creare nuovi casi d'indegnità all'infuori di quelli tassativamente previsti dalla legge » ⁽⁸⁹⁾.

Quest'obiezione, solo apparentemente insidiosa, è peraltro agevolmente smentita da una meno affrettata analisi storica. La quale (se per incidenza getta pure luce su qualche ulteriore aspetto del tema) mostra per prima cosa quanto errato sia, ad ogni modo, il ragionare dall'antica « diseredazione » per la disposizione di mera esclusione di cui è oggi parola. Giacché si è in presenza di due figure nettamente distinte e tra le quali non esiste in realtà, malgrado certe ricorrenti confusioni terminologiche, rapporto alcuno. Come segnala la circostanza che la seconda fattispecie, se caratterizzata da contenuto « negativo », è nondimeno per definizione diretta ad incidere, alla stessa stregua delle altre forme di « regolamento » testamentario espressamente disciplinate, sulla « disponibile » (dandosi ovviamente per scontato, nella relativa polemica, l'attuale disconoscimento normativo del potere di diseredare i legittimari). Mentre la diseredazione dell'antico diritto ha permanentemente operato su di un piano ben diverso, appunto quello della « legittima »: e a tale imprescindibile quanto specifico riferimento funzionale è sempre rimasto legato il senso delle sue vicende storiche.

In effetti sin dal diritto romano (l'istituto non vi rispondeva — è noto — al generico concetto di esclusione testamentaria « di un erede », bensì a quello, più ristretto e tecnico, di espressa esclusione « di un erede necessario », o *heres suus*) ⁽⁹⁰⁾, la pro-

⁽⁸⁹⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 241-242.

⁽⁹⁰⁾ Già chiarissime per vero, in tal senso, sia la definizione del GLÜCK (*Commentario alle Pandette*, V, trad. it., Milano, 1893, p. 499) giudicata solo « storicamente contingente » da L. FERRI, *op. cit.*, p. 231,

gressiva limitazione del potere di *exheredatio* si presenta strettamente compenetrata con l'evoluzione storica di quella che oggi definiamo la « tutela dei legittimari » ⁽⁹¹⁾. Le ragioni del parallelismo sono del resto intuitive. Nel primitivo sistema di *ius civile*, carente di garanzie sostanziali a favore della famiglia del *de cuius*, la solenne *exheredatio* costituiva il mezzo necessario, ma sufficiente, onde escludere gli eredi più prossimi in grado dalla successione ⁽⁹²⁾. Naturale quindi che il passo iniziale del movimento teso ad attenuare il sistema sia consistito nella concessione di rimedi contro le inique *exheredationes*. E che proprio le sempre maggiori restrizioni in materia di *exheredatio*, dal primo embrione dell'originaria *querela inofficiosi testamenti* ⁽⁹³⁾,

sia le restanti due definizioni da quest'ultimo a. prese in considerazione: v. infatti ECK, *Indegnität und Enterbung nach röm. und gem. deutsch. Recht*, Berlin, 1894, p. 13; e WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. it., Torino, 1930, § 562, p. 199. Sullo scontato particolare storico cfr. in ogni modo, anche per altri riferimenti, BURDESE, voce *Diseredazione* (*diritto romano*), in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1113, e CANCELLI, voce *Diseredazione* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 95 ss.

⁽⁹¹⁾ Il collegamento è messo in risalto da SALIS, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, p. 13 ss., specie p. 18 ss.; e v., fra tanti, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 12ª ed., Napoli, 1954, p. 544 ss.

⁽⁹²⁾ Sulla regola « *sui aut instituendi sunt aut exheredandi* », cfr. ad es. BURDESE, voce e loc. cit.; VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, parte speciale, 1, Milano, 1956, p. 339 ss., specie p. 351 ss.

⁽⁹³⁾ Per natura, limiti, effetti dell'istituto (e sulla sua evoluzione) si vedano soprattutto EISELE, *Zur querella inofficiosi*, in *Zeitsch. Savigny St. f. R. G.*, 15, 1894, p. 256 ss., e LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, s.d. (ma 1930), p. 412 ss. Più recentemente COLLINET, *La nature des « querelae » des origines à Justinien*, in *St. et doc. hist. et iuris*, 1953, p. 269 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, p. 591 ss.; MARRONE, *Sulla natura della « querela inofficiosi testamenti »*, in *St. et doc. hist. et iuris*, 1955, p. 74 ss., e *Querela inofficiosi testamenti*, in *Annali Sem. giur. Univ. Palermo*, 27, 1959, p. 152 ss. (lo scritto è destinato al *Noviss. Dig. it.*); VOCI, op. cit., p. 350 ss.

alle posteriori e perfezionate forme di controllo ⁽⁹⁴⁾, abbiano rappresentato il principale strumento attraverso cui si pervenne, nel tempo, alla creazione di un vero meccanismo di successione necessaria « materiale ». Ma è altresì superfluo sottolineare come

Da ultimo, un suggestivo collegamento della storia della *q.i.t.* al problema dell'abuso del diritto è compiuto da RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 285-286: v. già, ad es., JOSSE-*RAND*, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927, p. 391. Nella stessa prospettiva (come ricorda il R.) inquadrava il trattamento del testamento « pregiudizievole », per diritto musulmano, FATHY, *La doctrine musulmane de l'abus des droits (Etude d'hist. jurid. et de dr. comparé)*, Lyon-Paris, 1913, p. 108 ss.. Qui è certo interessante il riscontro di singolari affinità con taluni sviluppi del diritto romano (la scoperta di « una sostanziale identità di ragione economica con istituti di altra tradizione culturale », secondo l'espressione di RESCIGNO, *op. cit.*, p. 225, nota 40): ma la regola (illustrata da FATHY, *op. cit.*, p. 108) per cui è invalido un testamento che comunque (quindi anche, ad es., se non siano superati i limiti della « disponibile ») appaia ispirato non a sentimento di carità, ma a « intenzione di nuocere » o a « odio » verso i successibili *ex lege* (nella qual regola si riflette l'impronta religiosa dell'ordinamento giuridico in esame) riporta essenzialmente il pensiero alla scomparsa *actio ab irato* del *droit coutumier* (cfr., infatti, i rilievi, animati da spirito critico, di FATHY, *op. cit.*, p. 110, nota 1, con quanto scrive LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 210-211, 245; dall'assenza nel moderno diritto successorio francese di strumenti di controllo del tipo indicato, in ordine ai modi di esercizio della libertà testamentaria, F. crede di poter far discendere — p. 109 — la discutibile affermazione che « le Qorân présente en cette matière une supériorité manifeste sur le Code civil français au point de vue moral »: v. invece, sulle gravi ragioni morali e sociali che consigliarono l'abolizione dell'*actio ab irato*, per tutti LAMBERT, *op. cit.*, p. 220, ove è pure riferita una remota, ma assai illuminante, testimonianza di Ricard).

(94) Si allude, tra l'altro, alla formazione progressiva, nella prassi giurisprudenziale, di una serie di criteri stabili di decisione quanto alle cause giustificative d'*exheredatio*; alla loro successiva codificazione nelle costituzioni imperiali; in ultimo alla definitiva e tassativa sistemazione ed elencazione delle *iustae causae* nella Nov. 115 di Giustiniano (dettagli in VOCI, *op. cit.*, rispettivamente p. 365 ss., 372, 434 ss.).

un fenomeno, che vada colto in queste concrete dimensioni, appaia del tutto estraneo ed irrilevante rispetto alla problematica della disposizione testamentaria « negativa », almeno nei termini in cui essa oggi si pone ⁽⁹⁵⁾. Mentre è se mai da dire, che una relazione storica può ravvisarsi tra il problema considerato ed altri principi del diritto romano, per l'evidente incompatibilità che oppone l'idea stessa di una disposizione testamentaria meramente « negativa » alle regole *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti* e *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* ⁽⁹⁶⁾.

10. — Non sembra, d'altra parte, che senso, indirizzo e prospettive di fondo dell'esaminato processo storico siano successivamente venuti mutando lungo il diritto intermedio. Vero è invece, che pure l'asserito punto d'arrivo di tale processo in epoca moderna — ossia il finale assorbimento della privata « esclusione » nell'indegnità a succedere — ancora una volta si rivela a ben vedere vicenda pertinente e circoscritta, nella sua carica innovatrice, alla sola disciplina della posizione successoria dei legittimari. Se difatti fu storicamente alla « diseredazione » in senso classico (dei legittimari), ormai limitata ai casi legali ⁽⁹⁷⁾, che l'indegnità finì col trovarsi assai vicina — quando

⁽⁹⁵⁾ Esattamente LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 242 ss. (sulle sue orme, da noi, BENETTIN, *op. cit.*, p. 26 ss., in particolare p. 29). V. inoltre ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 1 ss., 47 ss.; N. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, cit., p. 53; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 36; PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 7 ss.; TAMON, *L'exhérédation a titre de peine*, cit., p. 112; VALLIER, *Le fondement du droit successoral*, cit., p. 91; e con notevole perspicacia, nella nostra giurisprudenza, App. Napoli, 21 maggio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 939.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *infra* alla fine del presente paragrafo, e, per una precisa notazione sul punto, ADAM, *op. cit.*, p. 11.

⁽⁹⁷⁾ Le « giuste cause » di diseredazione dei legittimari sono sempre rimaste più numerose, però, delle cause legali di indegnità. Per converso, in ordine alla semplice « esclusione » di un successibile non legitti-

a seguito di radicali trasformazioni raggiunse la moderna struttura ⁽⁹⁸⁾ — talché il mantenimento del primo istituto potè considerarsi superfluo o addirittura inopportuno ⁽⁹⁹⁾; è altrettanto

mario, laddove sistematicamente configurabile, non è mai stata ovviamente richiesta la presenza di cause giustificative. In un malinteso sembra di conseguenza cadere L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 239, quando bolla come assurdo il sistema del codice Albertino (il quale ammetteva entro i consueti limiti la diseredazione dei legittimari: art. 737 ss.), nella presupposizione che, in base a tale sistema, il testatore potesse « diseredare » i legittimari ma non i parenti più lontani (la normativa in questione si sarebbe così trasformata in un vantaggio per i secondi; in realtà, un'ipotesi di validità della semplice esclusione dalla « disponibile » pare fosse invece prevista dalla stessa legge nell'art. 742, ove si stabiliva che, in caso di inefficacia, per mancanza di menzione o prova circa la giusta causa, della diseredazione del legittimario, il diseredato avesse diritto alla sola legittima: v. PONCINI, *Commenti sul codice civile*, II, 3^a ed., Torino, 1840, p. 588-589, che spiega la norma come applicazione del canone *utile per inutile non vitiatur*).

⁽⁹⁸⁾ Dal punto iniziale (figura frammentaria e a carattere pubblicistico, imperniato sull'*ereptio*: cfr. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2^a ed., Milano, 1955, p. 115 ss., 173 ss.; NARDI, *I casi d'indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 14 ss., 337 ss.) a quello terminale (figura organica e privatistica, in cui all'*ereptio* — gravemente lesiva degli interessi della famiglia e del principio di responsabilità individuale — è sostituita la semplice esclusione personale dell'indegno dalla successione), tempi e modalità dell'accennata evoluzione per ora rimangono, almeno nei particolari, piuttosto oscuri: v. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1959, p. 375 ss.; per il diritto comune, qualche cenno in ECK, *Indegnität und Enterbung*, cit., p. 81 ss.

⁽⁹⁹⁾ Giudizio che potrebbe peraltro apparire opinabile, a chi mediti sulla circostanza che la diseredazione per « giusta causa » del legittimario è stata in realtà conservata dalla maggioranza delle moderne codificazioni. Cfr. cod. civ. svizzero, art. 447 ss. (ancor di recente, tiene a ribadire *de iure condendo* la validità dell'istituto ÇUBUKGİL, *L'exhérédation ordinaire en droit suisse*, cit., p. 104 ss.); B.G.B., § 2333 ss. (al riguardo, SCHIFFNER, *Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonst. gesetzl. Vermächtnisse nach dem B.G.B.*, Jena, 1897, p. 66 ss.); cod. civ. spagnolo,

certo che la fusione, laddove avvenne, investì precisamente ed unicamente l'indicata fattispecie testamentaria ⁽¹⁰⁰⁾. Univoco ed

art. 848 ss. (v. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VI, 7ª ed., Madrid, 1951, p. 656 ss.; SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, VI, 2, Madrid, 1910, p. 1094 ss.; GENOVÈS AMORÒS, *La desheredación y las reservas*, in *Rev. de derecho privado*, 1947, p. 727 ss.; fa il punto, da ultimo, ROUIRA MOLA, voce *Desheredación*, in *Nueva Enc. jur.*, VII, Barcellona, 1955, p. 258 ss.); cod. civ. greco del 1946, art. 1839 ss. (MARKIANOS, in *Zeitsch. f. ausl. und. int. P. R.*, 1960, p. 129 s.); e cod. civ. austriaco, § 768 ss.; cod. civ. portoghese, art. 1875 ss. La fattispecie è parimenti accolta, ad es., nei codici argentino, brasiliano e cileno; nonché nel recente cod. civ. ungherese, in vigore dal 1º maggio 1960 (v. NATOLI, *Il nuovo codice civile ungherese*, in *Democrazia e diritto*, 1961, p. 228); nella legge sulle successioni jugoslava del 1955 (v. B. T. BLAGOJEVIĆ, *La réserve dans le droit successoral yougoslave*, in *Études jurid. offertes à L. Juliot de la Morandière*, Paris, 1964, p. 61 ss.); e persino nel codice della Louisiana, art. 1627 (sotto il nome di *disinherison*: v. HANNAN, *The canon law of wills*, Washington, 1934, p. 79 e nota 29).

Nello stesso ambiente giuridico francese, del resto, l'opportunità della presa di posizione codicistica è stata, e continua ad essere, oggetto di discussione: v. (a parte le ben note istanze della scuola di Le Play), gli orientamenti espressi da GLASSON, *L'autorité paternelle et le droit de succession des enfants* (estratto dalla *Reforme sociale*), Paris, 1899, e da BROCHER, cit. in TAMON, *L'exhérédation a titre de peine*, cit., p. 116 s.; nonché, più recentemente, le conclusioni di KUHN, *op. cit.*, p. 96-97. Da noi, l'istituto — ricevuto nella maggioranza dei codici pre-unitari: v. ad es., oltre al già ricordato cod. albertino, il cod. del Regno delle due Sicilie (art. 848 ss.) — sopravviveva ancora nel progetto Cassinis (art. 895-901). L'abolizione fu accompagnata da polemiche e resistenze: v. la contraria proposta della Commissione istituita in Napoli (e la relativa motivazione) nelle osservazioni al progetto Miglietti, pubbl. in *Lavori prep. del codice civile*, III, 2, II, Roma, 1899 (vol. VIII della raccolta), p. 1305 ss.; e, per la discussione parlamentare (che « fu, specie al Senato, non meno viva che elevata »: MARONGIU, voce *Diseredazione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 101) GIANZANA, *Codice civile*, Torino, 1887, II, p. 72, 135, 226, e soprattutto p. 261-262, 317-319.

⁽¹⁰⁰⁾ Nell'opposto equivoco sembra cadesse anche qualcuno tra i primi commentatori del *code civil*: v. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*,

illuminante pare, al proposito, il pensiero dei codificatori: non diversamente che per il *Code Napoléon* ⁽¹⁰¹⁾, allorché il codice civile italiano del 1865 abolì la « diseredazione » privata il movente fu — come conferma la Relazione Pisanelli ⁽¹⁰²⁾ — semplicemente di meglio tutelare la condizione dei legittimari, togliendo il potere di escluderli dalla successione al testatore per rimmetterlo interamente alla legge ⁽¹⁰³⁾. Si trattò dunque di presa di posizione volta a sgombrare il campo della successione « necessaria » da ogni residuo d'influenza « privata »: ma che lasciò del tutto impregiudicato — anzi neppure sfiorato — il ben diverso quesito circa la rilevanza di una volontà testamentaria meramente negativa, e però non intaccante la « legittima ».

Per vero non è mancato, al riguardo, un tentativo di svuotare di ogni importanza ermeneutica la delineata contrapposizione tra « diseredazione » di tipo romano ed « esclusione » moderna ⁽¹⁰⁴⁾. Il tentativo è stato portato avanti sulla base di richiami

VII, *Des successions*, I, Bruxelles, 1858, p. 99, n. 215 e 216 (ADAM, *op. cit.*, p. 3, menziona però un mutamento intervenuto con l'introduzione di un nuovo paragrafo nell'ediz. del 1879: v., d'altra parte, già *Cours de cod. civ.*, X, *Des donations entre vifs et des testaments*, II, Bruxelles, 1865, p. 253, § 11 bis, ove l'a. sembra riportarsi alla teoria del *legs implicito*). Nello stesso senso di D.: TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*, II, 3^a ed., Paris, 1872, p. 232 (sostenendo l'invalidità della disposizione contenente una mera esclusione dalla « disponibile »). Ma, *contra*, cfr. la vigorosa critica di LAMBERT, *op. cit.*, p. 242 ss. (conforme, da noi, PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 12-14). Dopo la confutazione di L., l'equivoco sembra totalmente scomparso dalla letteratura francese: v., per cenni, gli a. cit. *retro*, nota 95.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., per tutti, LAMBERT, *op. cit.*, p. 230 ss.

⁽¹⁰²⁾ Si può rinviare allo stesso passo della Relazione citato da L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 240, nota 1 (v. GIANZANA, *Codice civile*, cit., I, p. 76): per un'esatta intelligenza del passo cfr. già N. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*, cit., p. 53.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *Relaz. Min.*, in GIANZANA, *op. ult. cit.*, p. 77; anche PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 12.

al *droit coutumier* francese. L'esame dell'atteggiamento del *droit coutumier* in materia proverebbe che la diseredazione non vi era limitata come in diritto giustiniano ai discendenti e ascendenti, ma estesa a tutti i parenti ⁽¹⁰⁵⁾; la nuova impostazione si rispecchierebbe nell'esplicito asserto di POTHIER, che « se si può diseredare un figlio, a maggior ragione si deve poter diseredare un collaterale » ⁽¹⁰⁶⁾. E simile riscontro avrebbe, ai fini dell'intelligenza del dato storico su cui concretamente operò l'intervento delle codificazioni, valore decisivo: se nel trapasso dal *droit coutumier* al *code civil* s'assiste alla scomparsa della diseredazione, sarebbe assurdo pensare che questa scomparsa riguardi soltanto i legittimari, quando viceversa nel *droit coutumier* la diseredazione poteva ormai colpire qualunque parente ⁽¹⁰⁷⁾.

Sennonché anche in tale argomentazione si annida un equivoco di partenza, che non è difficile scoprire. I menzionati, ma in realtà marginali quanto coerenti sviluppi dell'originario concetto di diseredazione, vi sono fraintesi a causa di una mancata globale considerazione del complesso sistema *coutumier* della « riserva »: nel quale quadro essi andavano invece commisurati, onde percepirne l'effettiva portata. Il motivo per cui, con perfetta conseguenzialità, i commentatori delle *coutumes* parlavano della « diseredazione » (pur sempre in rapporto al modello classico) siccome allargata ai collaterali è difatti molto semplice: per *droit coutumier* anche i collaterali erano riservatari, essendo pure a loro assicurata (in quanto *lignagers*) la c. d. « *réserve coutumière* », o riserva dei quattro quinti dei *propres* ⁽¹⁰⁸⁾. Sic-

⁽¹⁰⁴⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 236 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 236.

⁽¹⁰⁶⁾ L. FERRI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁰⁷⁾ L. FERRI, *op. cit.*, p. 242-243. *Contra*, ma con scarsa precisione, PINO, *op. cit.*, p. 10-11.

⁽¹⁰⁸⁾ V., per tutti, GLASSON, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, Paris, 1904, p. 276-278, 472-474, e *Histoire du droit et des institutions de la France*, VII, *La féodalité, Le droit civil*, Paris, 1896, p. 554

ché, per privarli di tale riserva (e nei limiti d'essa), logicamente si giudicava in via di estensione necessaria, come per ogni altro legittimario, una « *exhérédation* » intesa appunto nel suo ristretto significato tradizionale, di fattispecie testamentaria atta — presenti certe cause giustificatrici — ad incidere negativamente sul diritto alla legittima ⁽¹⁰⁹⁾. Che poi sia stato esattamente questo potere di escludere i « riservatari » a venir sop-

ss.; DE LAPLANCHE, *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, Paris, 1925, specie p. 428 ss.

(¹⁰⁹) Sulla circostanza, assolutamente pacifica, cfr. per ampi ragguagli DE LAPLANCHE, *La réserve coutumière*, cit., p. 433-441 (vi sono ricordate anche le iniziali — ma ben presto superate — resistenze all'estensione dell'istituto, che trovarono espressione nelle teorie di Beaumanoir e di Pierre de Fontaines); v. inoltre GLASSON, *Histoire*, VII, cit., p. 561; TAMON, *L'exhérédation a titre de peine dans l'hist. du droit franç.*, cit., p. 75; VALLIER, *Le fondement du droit successoral*, cit., p. 91; VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3^a ed., Paris, 1905, p. 929-930.

Lo stesso passo di Pothier, utilizzato da L. Ferri, risulta d'altronde, se letto per intero, assai esplicito nel senso sopra accennato: « quoique l'exhérédation s'emploie plus communément contre les enfants, elle peut, à plus forte raison, être employée contre les collatéraux, lorsqu'ils se sont rendu indignes de la succession du défunt, soit attendant à sa vie, soit en lui faisant quelque injure atroce; cette exhérédation est nécessaire pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritiers, la portion des propres que les coutumes affectent à l'héritier, et qu'on appelle légitime coutumière » (*Ouvres*, VIII, Paris, 1845, p. 26). Con ancor maggior chiarezza, se possibile, il medesimo concetto era già enunciato da FURGOLE (*Traité des testaments*, ed. 1779, ch. VIII, sect. 2, n. 89), quando scriveva che « nella Francia coutumière, è una massima generale che non è affatto necessario diseredare i collaterali per i beni dei quali si può disporre » e che « l'exhérédation non può dunque essere necessaria che per privare i collaterali dei *propres* che la *coutume* destina loro e dei quali il testatore non può liberamente disporre »; acutamente Furgole ha sempre tenute ben distinte, del resto, la « diseredazione » vera e propria e la semplice « esclusione » del non riservatario (cfr. LAMBERT, *op. cit.*, p. 202-204).

presso, sotto l'etichetta di « diseredazione », dal *code civil* (ugual sorte subì del resto la *réserve coutumière* dei collaterali), proprio i precedenti francesi s'incaricano di certificare oltre ogni legittimo dubbio ⁽¹¹⁰⁾.

11. — Altri sono piuttosto i principi tradizionali dell'antico diritto francese, di cui meritava approfondire l'influenza esercitata — almeno nell'ambito del pensiero giuridico d'oltre alpe — sull'argomento in discussione. Una simile disamina può anzi rendere espliciti interrogativi di notevole interesse storico-comparativo finora rimasti nell'ombra. Tali interrogativi riguardano: le cause che impedirono l'affiorare di una vera problematica di testamento « negativo » prima dell'apparizione del *code civil*, e soprattutto le radici psicologiche e le componenti storiche, che furono alla base del successivo affermarsi della formula « *exclure, c'est instituer* »; la questione, se sia da reputarsi giustificata (in rapporto all'attuale rispondenza normativa di quelle premesse) l'ancor tenace conservazione della formula stessa in Francia; la correttezza, infine, di una eventuale trasposizione in seno alla nostra esperienza giuridica della peculiare tematica così individuata. Non sarà superfluo, su questi punti, qualche breve chiarimento.

Storicamente, concreti e reali ostacoli alla concepibilità di un'autonoma efficacia « negativa » del negozio testamentario fu-

⁽¹¹⁰⁾ Con larghezza di notizie LAMBERT, *op. cit.*, p. 180 ss., specie p. 243 ss. (sulla scomparsa della *réserve coutumière* dei collaterali, p. 114 ss.).

Da notare che l'« esclusione » testamentaria fu, viceversa, effettivamente proscritta dalla legislazione rivoluzionaria; ma in quest'ultima — come osserva LAMBERT, *op. cit.*, p. 230 (e v. p. 244) — « la proibizione dell'esclusione non è che la conseguenza della proibizione del *legs universel* » (e, in genere, del diritto di testare: presa di posizione che fu rinnegata già dalla legge del 4 germinal an VIII, e completamente abbandonata dal *code civil*).

rono certo presenti nella tradizione francese del periodo intermedio. Intanto nel senso indicato ovviamente giocò, all'interno dei Paesi di diritto scritto, la formale sopravvivenza del canone romanistico *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti* ⁽¹¹¹⁾. Ma identico e parimenti decisivo ruolo svolsero, nei Paesi di *droit coutumier*, due diversi e concorrenti fattori: sul piano pratico l'ammissione dell' *actio ab irato* ⁽¹¹²⁾, sul piano ideologico l'assioma (al quale si riallacciavano importanti corollari, precipui quelli relativi alla *saisine* ereditaria) che *Deus solus heredes facere potest* ⁽¹¹³⁾. Ora, specialmente la singolare vischiosità dell'attaccamento teorico a quest'ultima idea cardine del diritto successorio consuetudinario — ancor più che un certo abito mentale ai rigidi effetti dell'applicazione dell'*actio ab irato* ⁽¹¹⁴⁾ — dovette senza dubbio condizionare in modo deter-

(111) Intorno alla conservazione del principio nei Paesi di *droit écrit*, cfr. AUFFROY, *Evolution du testament en France des origines au XIII^e siècle*, Paris, 1899, p. 637-641 (e, per i precedenti sviluppi, p. 58, 268 ss., 489 ss.); LAMBERT, *op. cit.*, p. 6 ss., 42 ss. (con cenni sul suo progressivo svuotamento « sostanziale »); inoltre (per una succinta casistica) AUBENAS, *Cours d'histoire du droit privé*, III, *Testaments et successions dans les anciens Pays de droit écrit au Moyen-Age et sous l'ancien régime*, Aix-en-Provence, s.d. (ma 1954), p. 71, e *Le testament en Provence*, Aix-en-Provence, 1927, p. 62 ss.; GLASSON, *Histoire*, V, cit., p. 549; VIOLLET, *Histoire* ³, cit., p. 961; da ultimo, SOUM, *La transmission*, cit., p. 34 ss.

(112) L'azione, concessa contro le disposizioni fatte « per odio o per collera » (e non per spirito di liberalità), evidentemente rappresentava nella pratica un serio impedimento alla convalidazione di disposizioni testamentarie di mera « esclusione »: v. LAMBERT, *op. cit.*, p. 210 ss., 245 ss.; TAMON, *op. cit.*, p. 91 (quest'ultimo a. opina che la stessa *exhérédation-peine* fosse, nel più avanzato stadio dell'antico diritto francese, « spesso resa illusoria dall'azione *ab irato* »).

(113) Su queste ben note concezioni, e sulla corrispondente problematica, una recente sintesi è in SOUM, *La transmission*, cit., p. 52 ss.; adde LAMBERT, *op. cit.*, p. 49 ss., 68 ss.

(114) Che nondimeno nei primi tempi qualche sentenza e qualche

minante, all'indomani della sua entrata in vigore, gli interpreti del *code civil*, posti di fronte al problema costruttivo concernente la clausola testamentaria di mera esclusione. È infatti palese come la secolare convinzione per la quale soltanto l'*héritier du sang* sarebbe veramente « continuatore della personalità del defunto », mentre il chiamato *ex testamento* (legatario universale, non erede, anche nel linguaggio del nuovo legislatore) andrebbe considerato, al massimo, « successore nei beni » (sottrarrebbe al successibile *ex lege l'émolument*, non il *titre*, cui si riferiscono i tratatizi profili della *saisine*), possa aver indotto a pensare allo *status* giuridico successorio dell'*héritier du sang* come ad una « qualità indelebile »: generando così le premesse per una forte resistenza all'idea che il testatore — al quale non sarebbe dato di « fare eredi » — sia invece in grado di togliere rilevanza, con una propria dichiarazione di volontà, alla qualifica ereditaria di quelli « creati dalla legge » (o da Dio) ⁽¹¹⁵⁾.

autore (Delvincourt, Duranton, Merlin: cfr. LAMBERT, *op. cit.*, p. 245 ss.; e TAMON, *op. cit.*, p. 110) continuarono a ritenere operante anche sotto il vigore del *code civil*: tali esitazioni però, troncate già da due sentenze del 1816 e del 1824, lasciarono ben presto il passo all'unanime riconoscimento, che l'*actio* era stata abolita dai codificatori e assorbita nell'impugnativa per incapacità d'intendere o di volere. Al proposito v. anche KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 21-22.

⁽¹¹⁵⁾ Ancora sostanzialmente sotto il peso di tale suggestione BARRE, *op. cit.*, p. 345 ss.; v. inoltre TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*³, II, cit., p. 232; e, ad es., l'opinione di Remy criticata in ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 50 ss., 76 ss.

Contro l'astrazione dell'« erede - continuatore della personalità del defunto », e contro l'artificiosa distinzione tra successori alla persona e successori ai beni, particolarmente chiare sono alcune pagine di DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, IX, *Les successions*, cit., p. 22-24. Muovendo da un punto di vista esattamente contrario a quello difeso dall'a. belga (in sintesi, tutti gli eredi sono al medesimo titolo successori ai beni, poiché la successione non comprende che beni, e i « successori alla persona » non esistono più), la tesi accolta in PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², IV, *Successions*, a cura di MAURY e VIALLETON,

La chiave del successo incontrato dalla teoria del *legs* implicito sembra debba ricercarsi proprio nelle accennate posizioni di pensiero. Ma spiegare le origini del dogma non significa ancora provarne la fondatezza. Una più distaccata valutazione dei principi informatori del sistema codicistico ormai conduce, del resto, i medesimi interpreti francesi a rinnegare punto per punto quei presupposti concettuali. L'affermazione che il *code civil* ha sostanzialmente equiparato l'erede testamentario a quello legittimo, caratterizzandolo in realtà come un vero « erede istituito » — ben presto comparsa a scalzare le anacronistiche opposte credenze ⁽¹¹⁶⁾ — risulta presentemente patrimonio quasi comune dell'elaborazione giuridica in Francia ⁽¹¹⁷⁾. Alla dimo-

Paris, 1956, p. 295-308, che impernia tutta la « trasmissione successoria » sul concetto di continuazione della personalità dell'autore, giunge al medesimo risultato di equiparare tutti i successori e di sbarazzare il campo dalla dicotomia successori alla persona — successori ai beni, ricorrendo alla finzione dell'« adozione testamentaria » riguardo al legatario universale (quest'ultima teoria è ripresa da SOUM, *op. cit.*, p. 298 ss.; v. in particolare, sugli asseriti « declino e pericoli dell'idea della successione ai beni », p. 302-303: la preoccupazione che sospinge gli a. in questione concerne il problema della responsabilità per i debiti ereditari). Sul tema cfr. anche, da ultimo, PETITJEAN, *Fondaments et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, Paris, 1959, p. 144 ss. (ma con posizioni tradizionali).

⁽¹¹⁶⁾ LAMBERT, *op. cit.*, p. 106 ss., 130 ss., 713-714.

⁽¹¹⁷⁾ Da ultimo, con ampi ragguagli su tutti i termini della discussione, TREILLARD, *Le légataire universel est-il un héritier?*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1955, p. 439 ss. (secondo l'a., specie di fronte all'univoca evoluzione giurisprudenziale, si deve pensare che « il legatario universale del nostro diritto moderno non è altro che l'erede istituito dei paesi di diritto scritto », abbia o non abbia la *saisine*; in conclusione, « sarebbe tempo di riconoscere francamente che l'istituzione d'erede esiste in diritto francese »: p. 464-465); SOUM, *La transmission*, cit., p. 63 ss. (sui precedenti storici: di grande interesse i cenni riguardanti l'evoluzione del *droit coutumier*), 84 ss. (sull'atteggiamento del *code civil*, e sul significato puramente « redazionale » della formula adottata nell'ar-

strazione dei mutamenti che l'istituto della *saisine* ereditaria subì per opera dei codificatori, sino a costituire nel codice figura ben diversa dall'antico modello ⁽¹¹⁸⁾, si accompagna oggi una larga svalutazione del rilievo pratico (e anche dommatico) dell'istituto ⁽¹¹⁹⁾. Il frequente riconoscimento, infine, che il codice

titolo 1002), 92 ss., 133, e le conclusioni a p. 488-491 (l'assimilazione del *legataire universel* del diritto moderno all'«erede istituito» del *droit écrit* è nella logica delle cose, «sans qu'il y ait à distinguer entre legataire universel saisi ou non saisi»: p. 489). V. inoltre, fra gli autori belgi, DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, VIII, 2, *Les testaments*, cit., p. 897 ss. Ovviamente, le principali questioni sorgono con riferimento al caso di concorso del «legatario universale» con un riservatario accettante (solo in questa ipotesi è negata al legatario universale la *saisine*: art. 1004 *cod. civ.*); va però ormai prendendo piede l'opinione, che la *saisine* non possa costituire l'elemento su cui decidere problemi di qualificazione tecnica in ordine alla posizione giuridica dei successori: così, ad esempio, TREILLARD, *op. cit.*, p. 443; e anche SOUM, *op. cit.*, p. 489. Da notare che il principio dell'assimilazione del legatario universale all'erede legittimo si trova adesso esplicitamente accolto nel progetto di nuovo codice civile: cfr. l'art. 903, e l'*Exposé des motifs*, in *Avant-projet de code civil*, II, cit., p. 77, 155.

⁽¹¹⁸⁾ LAMBERT, *op. cit.*, p. 119-129, 718 s.: è venuto meno l'aspetto patrimonialmente rilevante, cioè la *jouissance*, il diritto ai frutti; l'istituto moderno si limita a risolvere una «questione di prova» sul titolo successorio; in definitiva, solo «le mot a survécu à l'institution qu'il désignait». E v. anche (proprio in tema di «diseredazione diretta»), ADAM, *op. cit.*, p. 51-52, che cita pure l'opinione di PATTE, *De la saisine héréditaire*, Paris, 1899, p. 249. Un sommario bilancio è da ultimo in VIALLETON, *La place de la saisine dans le system dévolutif français actuel*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Paris, 1961, p. 283 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Da TREILLARD, *op. cit.*, p. 442-443, la *saisine* ereditaria è risolutamente giudicata «nozione teorica d'una portata pratica molto relativa»; e «notion archaïque, au reste mal dégagée» che ha «surtout la valeur d'un symbole».

Per una conforme recisa affermazione di Julliot de la Morandière, cfr. i *Travaux de la Commission de réforme du code civil*, *Années 1953-1954 et 1954-1955*, *Successions ab intestat*, Paris, 1957, p. 100.

ha abbandonato i principi feudali e della comproprietà familiare, sui quali fondava il diritto successorio delle *coutumes*, per costruire la successione legittima come mero « testamento presunto » del *de cuius* — a parte l'inesattezza della qualificazione teorica e talora contraddittoria applicazione dell'asserto ⁽¹²⁰⁾ — sembra aver definitivamente aperta la strada all'ammissione che il « titolo » ereditario del successibile *ex lege* può essergli « ritirato » dal testatore ⁽¹²¹⁾. E tutti questi dati concorrono a mettere in luce come la possibilità di una nuova e più calzante configurazione tecnica della disposizione d'esclusione sia — assai oltre la consapevolezza per il momento raggiunta, anzi ad onta delle molteplici persistenti incertezze — ormai attuale pure in rapporto all'ambiente giuridico francese.

Per quanto ci interessa, ad ogni modo, un'avvertenza appare in proposito del tutto assorbente: che, se le concezioni proprie del feudale diritto consuetudinario d'oltr'alpe — accertato punto di emersione delle difficoltà a cui risale la teoria del *legs* implicito — si denunciano con ogni probabilità superate dallo stesso *code civil*, sicuramente esse mai passarono nella nostra legislazione successoria, la quale è rimasta decisamente ancorata ad un'impostazione di stampo romanistico ⁽¹²²⁾.

Sicché l'argomento storico non solo manca di porgere elementi contrari all'accoglimento nel sistema vigente di una nozione di disposizione testamentaria « negativa », ma ai fini del relativo dibattito si dimostra addirittura reversibile. Invero, se il principale ostacolo alla validità di un testamento puramente

⁽¹²⁰⁾ Cfr., sui vari punti accennati, *infra*, cap. II, sez. I^a.

⁽¹²¹⁾ V., per esempio, gli a. cit. *retro*, nota 86.

⁽¹²²⁾ Si deve perciò reputare affatto esagerata l'importanza talora attribuita (v. L. FERRI, *op. cit.*, p. 236) allo studio del diritto francese — e in particolare del *droit coutumier* — come strumento d'interpretazione del nostro sistema successorio. Al riguardo, per una più giusta visione, cfr. ora (con speciale attenzione ai problemi della « legittima ») MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 3 ss.

« negativo » consistette ⁽¹²³⁾, per il diritto romano come per le sue iniziali diramazioni, nel principio che poneva l'istituzione d'erede a *caput et fundamentum totius testamenti* ⁽¹²⁴⁾, è evidente

(¹²³) Quanto detto nel testo vale naturalmente anche per l'altra regola del diritto ereditario romano che interessa la questione — *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* — a sua volta da tempo dimenticata pur negli ordinamenti di estrazione romanistica (cfr. al proposito MEYLAN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in *Zum schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von P. Tuor*, Zürich, 1946, p. 179 ss.).

(¹²⁴) Il canone aveva già perso per buona parte valore sostanziale in diritto giustiniano, secondo CUGIA, *L'invalidità totale dell'istituzione d'erede*, Napoli, 1913, p. 89 ss. (con cui polemizza, a certi riguardi, SUMAN, « *Favor testamenti* » e « *voluntas testantium* », Roma, 1916, p. 216 ss.); anche successive indagini tendono a porre in luce che in epoca giustiniana la regola costituiva ormai un relitto storico, fuori dalla realtà pratica e conservato solo formalmente, per tradizione scientifica (SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, in *Annali Sem. giur. Univ. Palermo*, 1937, p. 143 ss., specie p. 185 ss., dell'estratto; VISMARA, *Appunti intorno all'heredis institutio*, in *Studi in on. di Besta*, III, Milano, s.d., ma 1939, p. 301 ss.); cfr., per una disamina delle varie fasi di progressiva demolizione del principio, SANFILIPPO, *op. cit.*, p. 144 ss. (e anche *Corso di diritto romano, Evoluzione storica dell'hereditas*, Napoli, 1946, p. 127 ss., ove v. in particolare p. 211 ss., sulla situazione in età post-classica e giustiniana; sulla gradualità del processo, inoltre, BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., p. 188 ss., 199 ss.; nonché, da ultimo, VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, 1, cit., p. 82 ss.; KASER, *Das röm. Privatrecht*, II, cit., p. 350 ss.).

Ma, come chiarisce BIONDI, *op. cit.*, p. 202, per diritto romano bisogna sempre distinguere il caso in cui venga meno (invalidità, caducazione ecc.) l'istituzione originariamente esistente, da quello del testamento che manchi sin dall'inizio di *heredis institutio*: lo svuotamento pratico della regola riguarda essenzialmente il primo punto, mentre resta fermo, quanto al secondo, che un atto non contenente *ab origine* l'istituzione d'erede « per i Romani non è testamento » (anche se, alla fine, lo si faceva normalmente valere come codicillo, considerandosi le « attribuzioni » disposte dal *de cuius* fidecommissi; è, in fondo, la stessa evolu-

che tale ostacolo ha da considerarsi venuto meno con la radicale scomparsa, da tempo verificatasi, del principio stesso.

zione che più tardi si denoterà nel *droit écrit francese*: cfr. per tutti, LAMBERT, *op. cit.*, p. 9 ss.).

Val ancora la pena di notare come sia inesatta l'asserzione secondo cui, una volta caduto il principio *heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti* (cui era legato il concetto romano di *exheredatio*), il mantenimento in taluni sistemi della « diseredazione » dei legittimari si sarebbe necessariamente risolto, a seguito d'una sorta di equivoco storico, in un ingiustificato svantaggio per i legittimari stessi (possibilità di reale « diseredazione » per i legittimari, solo di « preterizione » per gli altri parenti: così L. FERRI, *op. cit.*, p. 240): in tal modo si trascura, appunto, di considerare che col cadere del suddetto principio risultò anche superata la ragione che storicamente aveva impedito di concepire una disposizione di mera « esclusione » contro i semplici successibili *ex lege*. Vero è, piuttosto, che vi sarebbe assurdità in un sistema il quale non ammettesse, accanto alla prima, pure la seconda fattispecie: e questo in definitiva rappresenta un ulteriore sicuro argomento per sostenere, pur in assenza di un'esplicita previsione (come quella del § 1938 B.G.B.), la configurabilità di una disposizione testamentaria di mera esclusione degli eredi legittimi in quegli ordinamenti ov'è legislativamente ammessa (cod. svizzero, austriaco, spagnolo, ecc.) la diseredazione dei legittimari.

CAPITOLO II

LA DISPOSIZIONE NEGATIVA NELLA TEORIA DEL TESTAMENTO

SOMMARIO: 12. Le resistenze nella nostra letteratura giuridica all'ammissione del testamento « negativo »: presupposti ideali, elementi di tradizione, appigli normativi. L'incerto significato dell'art. 457 c. civ. e la debolezza dei tentativi di risolvere unicamente sulla sua base il problema della diseredazione. I temi da affrontare.

12. — Se si pone mente alle ragioni essenziali dell'irriducibile ostilità, che il riconoscimento della disposizione testamentaria « negativa » incontra nella nostra dottrina, si avverte che il quesito marginale sfocia, e per buona parte si risolve, in quello assai più ampio e complesso concernente la delimitazione e definizione del cosiddetto « contenuto patrimoniale » del negozio a causa di morte. Soprattutto ad alcuni temi di quest'ultima problematica, sui quali la disputa intorno alla diseredazione giuoca in definitiva le sue sorti, gioverà perciò rivolgere l'attenzione nelle pagine che seguono: essi riguardano il « concetto » di testamento accolto e precisato nell'art. 587, comma 1, c. civ.; il significato della contrapposizione eredità-legato (art. 588 c. civ.) ai fini di una classificazione dei possibili « contenuti » dell'atto; il ruolo e la capacità d'espansione dell'autonomia negoziale di ultima volontà; la pretesa tipicità delle disposizioni patrimoniali *mortis causa* legislativamente disciplinate.

Prima occorrerà tuttavia sgombrare il terreno da una pregiudiziale dommatica che, attenendo a un piano ancor più generale, grava in modo determinante sopra molti controversi profili della

teoria del testamento e sulla stessa questione relativa al potenziale « contenuto » del negozio: ci si riferisce all'ormai quasi generalmente accettato principio di « prevalenza » della vocazione legittima.

Non è intanto difficile rendersi conto di come tale dogma abbia costituito anche una prima e importante ragione dell'atteggiamento assunto dalla nostra letteratura in ordine al problema della disposizione testamentaria « negativa ». Proprio da uno tra i fondamentali corollari del principio (impossibilità che il testamento si limiti ad alterare l'ordine legale della successione) si è difatti spesso ritenuto di poter giungere in maniera diretta e sicura all'invalidità della clausola esaminata: dalla premessa che in materia di vicenda successoria a causa di morte la disciplina testamentaria sia l'eccezione e quella legale la regola, si è in altre parole dedotta la conseguenza che al testatore non sia consentito di pervenire a un risultato diverso da quello previsto dalla legge se non disponendo « positivamente » dei propri beni nelle tassative forme dalla legge indicate; e che quindi non possa aver efficacia un testamento unicamente destinato a paralizzare la vocazione di uno tra gli eredi legittimi, in quanto di contenuto sostanzialmente riducibile ad una semplice (e come tale inammissibile) modifica dell'ordine delle designazioni legali.

Conviene ancora spiegare, a questo punto, perché soltanto in quelli appena indicati si siano scorti i veri passaggi obbligati dell'indagine. Si tratta, propriamente, di chiarire come non apra in realtà una terza prospettiva al discorso l'assunto di coloro che, trascurando o giudicando invocata a torto nella fattispecie o addirittura respingendo la pretesa « preminenza » della successione legittima, hanno nondimeno creduto sempre possibile evincere l'invalidità della diseredazione da quell'art. 457 c. civ., che dei rapporti tra vocazione legale e testamento sembrerebbe costituire la norma fondamentale ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Così, con diverse formulazioni, BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 657 (che nega la prevalenza della successione legittima); MENGONI, *Successione le-*

Per gli autori che hanno battuto questa strada, il problema del « testamento negativo » andrebbe impostato esclusivamente in funzione del secondo comma dell'art. 457, il quale lo troncherebbe di netto con l'esigere — onde non si faccia *sic et simpliciter* « luogo alla successione legittima » — che manchi (in tutto o in parte) una specifica « vocazione » testamentaria. Sennonché di tal passo si appresta al quesito una risposta solo apparentemente persuasiva.

Invero, quando ci si limita ad asserire che « una vocazione può essere impedita soltanto da un'altra vocazione » ⁽²⁾, si avanza un'illazione riposante sopra un dato testuale che di per sé non sembra potersi stimare decisivo. Si corre cioè il rischio di immobilizzare l'esegesi dell'art. 457 cpv. su basi troppo angustamente lessicali, tralasciando di considerare come la logica che sovrintende al testo legislativo, la posizione della norma nel sistema, i suoi stessi immediati precedenti ⁽³⁾ concordino nell'assegnare all'art. 457 cpv. un significato assai più sfumato, di generica defini-

gittima, cit., p. 15, nota 32 (che accetta il principio di preminenza della vocazione legale, ma lo giudica irrilevante in argomento); TORRENTE, voce *Diseredazione* cit., p. 102 (che, nel breve scritto, si limita all'esposta considerazione).

(²) BRANCA, *op. loc. ult. cit.* (l'a. aggiunge che « invece chi si limita a diseredare, non chiama »). Va però sottolineato che il B. parte da un concetto di testamento come atto di attribuzione di beni (p. 726), e come « atto di liberalità » (p. 729).

(³) L'art. 611 c. civ. Parmense e l'art. 695 c. civ. Albertino stabilivano, ad esempio, semplicemente che « in mancanza di testamento subentra la disposizione di legge ». Rilevava già il collegamento e l'equipollenza, rispetto a tali disposizioni, del cpv. dell'art. 720 c. civ. 1865 (identico all'attuale cpv. dell'art. 457), DEGNI, *Lezioni di diritto civile, La successione a causa di morte*, I, *Successione legittima*, 2^a ed., Padova, 1935, p. 11.

Può essere interessante ricordare, al proposito, le analoghe prefigurazioni del rapporto operativo tra successione legittima e testamento, contenute in due ordinamenti ove si è agevolmente pervenuti all'ammissione del « testamento negativo »: cfr. il § 727 (in rapporto al § 533) A. B. G. B.; e l'art. 481, comma 2, cod. civ. svizzero.

zione del rapporto operativo intercorrente fra i due tipi di « regolamento » della devoluzione ereditaria: e oltre tutto non si tien conto del rilievo per cui, a volersi paradossalmente attenere alla stretta dizione della norma, nel secondo comma dell'art. 457 stia in effetti solo scritto che alla successione legittima « non si fa luogo » se non in mancanza di quella testamentaria, ma non anche che, viceversa, mancando la seconda debba necessariamente applicarsi la prima in conformità all'ordine per essa legalmente statuito, pur al cospetto di contraria disposizione del testatore.

Mentre ci si avvia in fondo a impostare più congruamente il problema ermeneutico allorché si afferma per converso, a sostegno di una dimostrazione dell'invalidità della disposizione d'esclusione fondata sull'art. 457, comma 2, che detta invalidità dalla norma si ricaverebbe in quanto nella stessa « il contenuto del testamento è inteso nel suo valore tipico di disposizione di beni » ⁽⁴⁾, o in quanto la diseredazione « non è, per sé stessa, atto di disposizione di beni, mentre un atto di tale natura è necessario per evitare l'apertura della successione legittima » ⁽⁵⁾. Tramite questi ultimi asserti, peraltro, si finisce sostanzialmente con il riconoscere che l'art. 457 va letto insieme all'articolo 587; e che quindi — se si accetta di prescindere dal dogma della « preminenza » della successione legittima — tutta la questione si riduce alla determinazione del concetto legislativo di testamento in senso proprio. Ma tale determinazione può evidentemente essere compiuta soltanto sulla base del primo comma dell'articolo 587 (e degli altri parametri normativi, atti ad integrare l'interpretazione di questa norma), risultando a tal fine del tutto anodino l'art. 457, comma 2, una volta superata l'accezione meramente letterale dell'espressione « successione testamentaria » ivi impiegata. Sicché l'interrogativo posto dalla disposizione d'esclusio-

⁽⁴⁾ TORRENTE, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁾ MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

ne torna puntualmente all'indicata alternativa, di esser impostato in funzione o del problema del rapporto di « valore » intercorrente tra vocazione legale e testamento, o di quello del « contenuto patrimoniale » astrattamente assegnato al negozio testamentario dall'art. 587, comma 1.

SEZIONE I

IL RAPPORTO TRA TESTAMENTO E VOCAZIONE LEGITTIMA

SOMMARIO: 13. Il dogma della « preminenza » della successione legittima: portata sistematica e implicazioni pratiche. Le origini: la controversia sul fondamento della successione legittima, la reazione alle esasperazioni individualistiche e la teoria della « tutela dell'interesse superiore della famiglia ». Limiti ideologici della concezione e sintomi di un nuovo orientamento nella nostra dottrina. — 14. Critica del dogma: i postulati logici da rivedere. Preliminare inconsistenza della contrapposizione (basata sull'asserita identità di fondamento dei due tipi di successione *ex lege*) tra questione di « precedenza » e questione di « preminenza » nell'esegesi dell'articolo 457 c. civ. — 15. Vocazione legale e famiglia. Le indicazioni offerte dalla posizione sistematica della c.d. successione necessaria: carattere « individuale » della legittima e sua destinazione alla tutela dei membri di un nucleo familiare ristrettamente inteso. — 16. Estraneità di una protezione dell'interesse della famiglia come istituto d'importanza sociale al fondamento della successione intestata. Il concetto moderno di « famiglia ». — 17. Critica della distinzione (in funzione dell'interesse — privato o pubblico — tutelato) tra norme « suppletive » e norme « dispositive ». — 18. La collocazione delle norme sulla vocazione legittima nel sistema: gli altri dati normativi; i precedenti; l'interpretazione giurisprudenziale. — 19. La visuale del rapporto tra vocazione legale e testamento nel pensiero giuridico tedesco e francese. — 20. I corollari del dogma e le conseguenze pratiche del rigetto: in tema d'interpretazione del testamento; di concorso « apparente », nella medesima persona, di vocazione testamentaria e vocazione legale. — 21. Le incidenze in tema di possibili « contenuti » testamentari, e di disposizione « negativa ».

13. — La tesi che il rapporto di « valore » tra vocazione legale e testamento, quale risulta adombrato dal sistema vigente, esprima una chiara prevalenza (o « preminenza ») della vocazione legale sul testamento, è oggi dominante nella nostra dottrina

delle successioni ⁽¹⁾. Ne discende una sorta di « pregiudizio anti-testamentario », il quale non manca in pratica d'influenzare l'attuale considerazione di una serie di punti problematici del diritto ereditario: che vanno dall'interpretazione del testamento alla risoluzione dell'ipotesi di concorso — nella medesima persona — di vocazioni testamentaria e legale equivalenti; dalla determinazione del possibile « contenuto patrimoniale » del negozio d'ultima volontà, alla stessa valutazione del « testamento negativo » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria* (I), in *Studi Senesi*, 1940, p. 244 ss.; BARASSI, *Le successioni* ³, cit., p. 43 ss.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 22 ss.; CICU, *Le successioni*, cit., p. 145 (già in *Successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 5); L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 218 ss.; D'AMELIO, *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte del nuovo codice*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio, *Libro delle successioni*, Firenze, 1941, p. 2-5; GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, nello stesso *Commentario*, vol. cit., p. 333; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 10 ss. (già in *La divisione testamentaria*, cit., p. 76 s.); OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 123 s.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 148; SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulle successioni legittime*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1928, p. 606 ss., e *Vocazione legale*, cit., p. 197 ss. Con primario riferimento alla diseredazione, inoltre, L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 228-230. *Contra*, fra i pochi, BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, 6^a ed., Torino, 1962, p. 990, e nota 1; BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 710; FORCHIELLI, *La collazione*, Padova, 1958, p. 25, 34; nonché la noticina di DE MARTINO, *Prevalenza della successione testamentaria sulla legittima*, in *Giur. comp. dir. civ.*, VII, 1942, p. 53-54; e, sostanzialmente, ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 80.

⁽²⁾ Tra gli altri, reputano determinante l'argomento della « preminenza » della successione legittima per il rigetto del concetto di disposizione testamentaria « negativa »: CICU, *Le successioni*, cit., p. 149; Id., *Successione legittima e dei legittimari*, cit., p. 15; Id., *Diseredazione e rappresentazione*, cit., p. 391; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 228-230, 246, e successivamente in *Foro pad.*, 1955, I, c. 51; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 200 (che però salva la diseredazione at-

Per cogliere le più scoperte origini concettuali di questa tendenza, occorre riandare ad una celebre controversia del passato, quella sul fondamento della successione legittima, ed alla reazione contro le vecchie concezioni esasperatamente individualistiche (la nota teoria giusnaturalistica della « volontà presunta » del *de cuius*), che anche al riguardo caratterizzò in un certo momento storico la posizione dei giuristi europei ⁽³⁾. Coincise infatti con lo svilupparsi ed ampliarsi dell'accennato movimento di reazione la comparsa nella civilistica italiana della nuova concezione, che poneva alla base della vocazione « intestata » l'obiettivo criterio della « tutela della famiglia come istituto d'importanza sociale » ⁽⁴⁾: concezione la quale, trovato terreno fecondo

traverso la formula dell'istituzione implicita: *loc. cit.*, nota 27); da ultimo, CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 24 e 27; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 218. Dall'esposta opinione è stato palesemente influenzato (nel decidere l'invalidità di una disposizione testamentaria d'esclusione) anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 25 maggio 1960, cit., in *Foro pad.*, 1961, I, c. 370.

⁽³⁾ Sulla teoria (risalente già a Grozio) che collegava alla « volontà presunta » del *de cuius* il fondamento della successione legittima, v. per tutti FILOMUSI GUELFI, *Introduzione al diritto di successione*, in *Digesto it.*, p. X ss.; e, per un inquadramento filosofico, anche BOEHMER, *Einleitung*, in *Staud. Komm. z.B.G.B.*, V, *Erbrecht*, 1, 11^a ed., Berlin, 1954, p. 10 (con riferimento all'*Allgemeines Landrecht*); SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, s.d., ma 1959 (ristampa), p. 183 (con riferimento al *code civil*). Quanto alla critica, v. specialmente SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 604 ss.; PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, in *Annali Univ. di Messina*, 1930-1931, p. 390 ss.; e più di recente CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 30 ss.; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 10 ss.; del resto già, ad es., GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, 1912, p. 103 ss. Ancora ancorato alla vecchia concezione giusnaturalistica è invece ROBBE, voce *Accrescimento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, p. 170.

⁽⁴⁾ La teoria è stata patrocinata da Cicu (uno spunto era già ne *La nozione di erede nel diritto vigente*, in *Studi ded. alla memoria di P. P.*

per la crisi delle dottrine precedenti, andò radicandosi così rapidamente da divenire in breve quasi una costante nelle trattazioni relative alla « parte generale » delle successioni ⁽⁵⁾. Ma è parimenti agevole scorgere la connessione logica e storica esistente tra il diffondersi di detta teorica e la nascita dell'idea di « preminenza » della successione legittima. Giacché in sede di motivazione di quest'ultimo assunto si è precisamente partiti dalla premessa secondo cui la successione *ex lege* perseguirebbe sempre ed istituzionalmente un fine d'interesse superiore ⁽⁶⁾ (ragion per cui, tra l'altro, alle norme che la governano non andrebbe ascrivito carattere meramente « suppletivo », bensì « dispositivo ») ⁽⁷⁾. E si comprende come, una volta riferita tale premessa alla circostanza che il testamento per sua natura attende invece sempre a scopi strettamente individuali ⁽⁸⁾, possa esser apparso del tutto

Zanzucchi, Milano, 1927, p. 164) e da Santoro Passarelli; e ben presto ripresa, a vari riguardi, da Pugliatti (v. *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 390, però con il temperamento di p. 392), Nicolò (v. *La vocazione ereditaria*, cit., p. 149), L. Ferri, M. Andreoli, Oppo, Mengoni (in *La divisione testamentaria*, cit., p. 77), Rescigno: cfr. *opere cit.* alla nota 1.

⁽⁵⁾ V., ad esempio, BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 44 s.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 23 ss.; CICU, *Le successioni*, cit. p. 145; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 218 ss.; con qualche differenza MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 67. Maggiori specificazioni si denotano in GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, cit., p. 332, che non manca di dare la dovuta importanza al nuovo regime successorio riservato dal codice ai figli naturali. Peraltro può essere forse significativo notare, a quest'ultimo proposito, come un autore francese (WALINE, *L'individualisme et le droit*, 2^a ed., Paris, 1949, p. 350, e p. 368 ss.) abbia visto proprio nella legislazione favorevole ai figli naturali il segno di una « preferenza accordata alla concezione strettamente individualista sulle concezioni familiari » in materia di diritto ereditario.

⁽⁶⁾ SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 606 s.; Id., *Vocazione legale*, cit., p. 197.

⁽⁷⁾ SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 199.

⁽⁸⁾ V., peraltro, l'affermazione che l'istituto della famiglia « se in-

conseguenziale riconoscere alla vocazione *ex lege* una « funzione primaria » e segnalarla come un *prius*, dal punto di vista della gerarchia dei « valori » normativi, rispetto al « regolamento » testamentario ⁽⁹⁾.

forma di sé la vocazione legale, non è neppure estraneo alla vocazione testamentaria, così nella realtà pratica come nella mente del legislatore », in SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 201. Conforme L. FERRI, *Socialismo e diritto successorio*, in *Arch. giur.*, CLXVII, 1964, p. 17, e *Successioni in generale*, cit., p. 72. Il senso e i limiti in cui può dirsi che, ancor oggi, il testamento può addirittura essere « non il nemico, bensì il custode dell'unità del patrimonio familiare », sono chiariti da BOEHMER, *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tübingen, 1954, p. 122. È d'altronde risaputo che, da posizioni ideologiche prettamente conservatrici, si è talora indicato proprio nel testamento lo strumento principale di tutela dell'istituto familiare, in quanto arma per la difesa dell'autorità del capo famiglia e per la stessa « conservazione » del patrimonio nella famiglia: su questa linea era, ad es., la nota concezione di Le Play (a proposito della quale WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 355-356, rileva a ragione come essa « potrebbe difendersi assai bene partendo da un punto di vista strettamente individualista », benché tale non fosse certo il suo autore); e l'impostazione « utilitarista » di Bentham (« il potere di testare può considerarsi come uno strumento di autorità dell'individuo per incoraggiare la virtù e reprimere il vizio nella sua famiglia »: FILOMUSI GUELFI, *Introduzione*, cit., p. XXIII; SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, cit., p. 309).

(9) SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 607.

Non è però esatto (e l'obiezione risulta già chiara a MELUCCI, *Il diritto di successione*, Napoli, 1910, p. 17) che tale idea trovi conferma nella *Relazione Pisanelli* (n. 70, in GIANZANA, *op. cit.*, p. 57-58): ove, in realtà, mentre talune asserzioni mostrano semplicemente una palese confusione col diverso problema del rapporto generale tra volontà privata e ordinamento, altre si riferiscono in modo inequivocabile alla sola successione dei legittimari. D'altra parte, il passo in questione tratta esclusivamente dell'ordine formale di sistemazione della materia; sul piano sostanziale, la stessa *Relazione* risolve invece espressamente il problema del rapporto di valore tra le due vocazioni, affermando che si è

Forse soltanto una « storia delle idee », che sapesse rendersi conto del terreno culturale su cui sono venuti muovendosi i nostri più vicini giuristi ⁽¹⁰⁾, potrebbe invece consentire d'inquadrare con sufficiente esattezza le più remote e profonde radici ideologiche cui si riallacciano sia la teoria che ravvisa nella tutela dell'interesse superiore della famiglia il fondamento giuridico-politico della successione legittima, sia il parallelo dogma della supremazia logica di quest'ultima. Aiutando a stabilire, per esempio, fino a che punto esse vadano spiegate come un portato — oltre che della reazione al giusnaturalismo (e al metodo delle finzioni, con cui il medesimo ha spesso operato a difesa del « dogma dell'onnipotenza della volontà ») ⁽¹¹⁾ — di quella rivolta contro

« posta sulla stessa linea la successione legittima e la testamentaria » (GIANZANA, *op. cit.*, p. 57).

⁽¹⁰⁾ Si tratta di una ricostruzione, la quale da noi è sinora in buona parte mancata, specie per quanto riguarda la recente evoluzione delle dottrine del diritto civile. Le ragioni che hanno impedito il generalizzarsi nella nostra scienza giuridica di questo tipo di interessi, come una compiuta e organica presa di coscienza delle prospettive e dei problemi ad esso congiunti, vanno forse ricercate nei medesimi fattori storico-politici indicati da RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1260, oltre che in certo indirizzo metodologico ancora prevalente nella civilistica italiana. Ma segni di una riscoperta dell'interesse per uno studio giuridico ambientato in una « storia delle idee » si possono anche da noi ormai chiaramente avvertire. Delle più significative ricerche d'ordine generale sul tema offre, ad ogni modo, un sintetico quadro NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 920.

⁽¹¹⁾ V. MENGONI, *Successione legittima cit.*, p. 11-12; PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 391, anche p. 383; e inoltre, ad altro proposito, PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 37 ss., 60.

Merita peraltro notare, che di fatto non sempre la scuola del diritto naturale ha condotto, in materia successoria, all'assegnazione di una funzione preminente al testamento nei confronti della « successione familiare ». Talora si è invero visto « iscritto nel libro di natura » il va-

l'« individualismo » ispiratore della filosofia giuridica del XVIII secolo (e delle stesse codificazioni), che trovò espressione nella scuola storica, e poi nelle ideologie « solidaristiche » largamente penetrate in seno a talune fra le correnti più sensibili del pensiero giuridico ⁽¹²⁾; o anche dell'influenza da noi esercitata, nell'elaborazione della materia, da certe impostazioni hegeliane ⁽¹³⁾.

lore essenziale della tutela della famiglia, e della proprietà familiare, per la disciplina del diritto ereditario. Su queste basi, per esempio, ricercò il fondamento della successione legittima (contro Grozio) Samuele Cocceio, *Dissertatio proemialis*, lib. IV, cap. XII, § 278 ss. (cit. da Filomusi Guelfi, *Introduzione*, cit., p. XI); e Christian Wolf (*Institutiones juris naturae et gentium*, 1750) propugnò l'impostazione, per cui si è « separato il diritto successorio dallo *jus rerum* e unito al diritto di famiglia » (Boehmer, *Einleitung*, cit., p. 9). Che l'« unità » del movimento giusnaturalista sia metodologica, e non ideologica, è del resto cosa nota: cfr. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 346.

⁽¹²⁾ V. soprattutto Solari, *Filosofia del diritto privato*, II, *Storicismo e diritto privato*, Torino, s.d. (ma 1939), p. 45, 258 ss., 281 ss., e — per un consuntivo sull'opera della scuola storica, nonché su come essa preparò la via alla successiva evoluzione in senso « sociale » delle ideologie giuridiche — p. 285 ss.

⁽¹³⁾ Nelle quali peraltro si riaffacciano antistoricamente concetti, come quello della « proprietà familiare », invero propri dell'antico diritto germanico e delle arretrate strutture economico-sociali ad esso rispondenti.

All'influenza di Hegel, per quanto concerne la formazione delle dottrine in esame, ascrive giustamente importanza Mengoni, *Successione legittima*, cit., p. 13, nota 25. Cfr., di Hegel, nella nuova recente edizione, i *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. di F. Messineo, Bari, 1954, p. 156 (§ 171), 160-163 (§179-180), 351-352 (aggiunte al § 180), e nelle « note manoscritte », ora tradotte da A. Plebe, quella al § 178, p. 551-552. La derivazione germanistica della dottrina successoriale di Hegel era già rilevata, e l'antistoricismo di simile posizione già criticato, in alcune pagine di F. Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte*, II, *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts*, Leipzig, 1861, p.

Se così fosse, vi sarebbe innanzitutto da chiedersi — specie per ciò che concerne le istanze storicistiche ed ancor più quelle « sociali » — quanto le dottrine esaminate abbiano corrisposto alle esigenze concrete e ai motivi ideologici, cui avrebbero dovuto informarsi ⁽¹⁴⁾: e in verità il dubbio, che simili obbiettivi siano stati mancati, apparirebbe per più ragioni giustificato ⁽¹⁵⁾.

586-588, in nota. Superfluo aggiungere, d'altra parte, che nella concezione successoria dell'antico diritto germanico, come in quella, per molti versi analoga, del vecchio *droit coutumier* francese — entrambe ispirate a un forte sentimento di « solidarietà » e « collettività » della famiglia in senso largo — va in realtà ravvisato null'altro che la peculiare manifestazione di una società e di una economia patriarcali e primitive; anzi, a un certo punto, la più logica forma di difesa dell'organizzazione feudale (cfr., per alcune pertinenti notazioni, WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 360-361; e anche SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, cit., p. 5, 7; BESTA, *La famiglia nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, 1962, p. 30).

⁽¹⁴⁾ Val ad ogni modo la pena di ricordare — quanto alla pretesa delle suddette concezioni di attingere a un più alto grado di « socialità » con l'affermazione della superiorità dell'ordine di interessi protetto dalla successione intestata familiare — come nell'incondizionato (per il B.G.B.) titolo successorio dei parenti, sia stata invece vista l'espressione di una tendenza che per la verità è « non familiare-socialista (*familien-sozialistisch*), bensì individualistica e antisociale » (BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 136).

⁽¹⁵⁾ Per anticiparne qualcuna: l'evidente equivoco insito nel concepire come conforme a una superiore atmosfera di « solidarietà sociale » il maggior peso assegnato, nella ricostruzione sistematica delle fonti della vicenda successoria, alla tutela di una « creazione della fantasia » (l'espressione è di BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 24; v, sul punto, anche *infra*, n. 15) storicamente ormai priva di rispondenza nella realtà, quale la « famiglia » che positivamente costituisce il punto di riferimento della devoluzione ereditaria *ab intestato*. Poi l'intuitiva constatazione che, di contro, in campo successorio la tutela della vera famiglia ruota per diritto moderno intorno all'istituto della « legittima ». Ancora, l'avvertenza secondo cui un'effettiva riforma in senso sociale del diritto successorio implicherebbe ben altre trasformazioni che una semplice posposizione, nella gerarchia dei « valori » giuridici, del testamento alla successione

Certo nella formazione delle dottrine in discorso potrebbero aver piuttosto e più semplicemente influito talune eccessive amplificazioni delle nuove teorie quasi « pubblicistiche » del diritto di famiglia, da noi in quello stesso torno di tempo affioranti (sempre in chiave di opposizione — del resto non sempre bene intesa — all'individualismo) ⁽¹⁶⁾; insieme alla convinzione di dover reputare indeclinabile la ricerca di una soluzione « giuridica » al problema del fondamento della successione legittima, e di poterla trovare proprio in un ammodernamento e perfezionamento « tecnico » di quella teoria della proprietà familiare,

legittima così come oggi configurata; e che, per altro verso, anche una razionalizzazione dell'attuale sistema andrebbe compiuta per il tramite di un più consapevole adeguamento legislativo alla mutata struttura della società contemporanea sotto profili assai diversi da quello del rapporto tra vocazione legittima e testamento (e precisamente, sia mediante una migliore organizzazione dei diritti dei legittimari, che almeno in alcuni aspetti si dimostra oggi carente, sia, per esempio, mediante una presa in considerazione ai fini successori della condizione economica del familiare superstite, della situazione di collaborazione imprenditoriale o professionale esistente tra questo e il *de cuius* al momento del decesso, della presenza di un « quadro di vita » da rispettare con riguardo a certi beni rientranti nel comune *ménage* della famiglia, ecc.: a taluno di questi punti, su cui getta luce anche qualche recente esperienza straniera, si accennerà brevemente fra poco); mentre pur qui l'inserzione del « momento » sociale nell'attività giuridica, e una possibilità di reazione alla « difformità sociale » dell'atto, sarebbero se mai raggiungibili attraverso una valorizzazione, normativa o ermeneutica, dei rimedi contro gli eventuali « abusi » dello *jus testandi* (per qualche sommaria considerazione sul tema *infra*, sez. II).

⁽¹⁶⁾ Da questo punto di vista, può apparire sintomatico che proprio il più strenuo difensore delle accennate teorie (CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, e v., tra i numerosi contributi successivi, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 3 ss.), sia stato anche il primo assertore delle tesi della « tutela della famiglia come istituto di superiore importanza sociale » quale fondamento della successione legittima, e della prevalenza di quest'ultima sul testamento.

che allora rappresentava nella polemica dottrinale l'alternativa alla teoria del testamento presunto ⁽¹⁷⁾.

Ma sta ad ogni modo di fatto che — se non si può negarle il merito storico di aver demolito in maniera definitiva la concezione « volontaristica » della successione — la nuova tesi sul fondamento della vocazione legittima, e parimenti quella della sua « preminenza » sul testamento, appaiono scarsamente attendibili non solo sul piano della loro ideale conclusione di fondo, bensì e soprattutto dal punto di vista dell'aderenza al sistema vigente, nonché delle cospicue applicazioni pratiche che, nel momento del trapasso dal terreno politico-filosofico a quello dell'attività interpretativa, le hanno viste utilizzate come parametri per la soluzione di concreti problemi di diritto positivo ⁽¹⁸⁾. Perciò non si saprebbe giustificare il modo acritico e tralatizio, con cui esse sono state passivamente recepite, senza discussione né verifica, nella nostra prevalente letteratura degli ultimi decenni. Mentre per gli stessi motivi sembra siano da apprezzare i sintomi, che di un iniziato declino del dogma in discorso — e

⁽¹⁷⁾ Sembra invero notevole (cfr. pure FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 29) l'affinità concettuale sussistente tra la teoria che in proposito fa capo alla protezione dell'« interesse della famiglia », e quella della c.d. « proprietà familiare » (che ebbe tra i principali sostenitori in Italia il Filomusi Guelfi). Di quest'ultima, la prima appare essenzialmente rivolta a eliminare il difetto fondamentale (su cui appunto si accentravano le fondate censure del SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 606), cioè l'inesistenza, nel diritto positivo, di una proprietà familiare in senso tecnico-giuridico. L'obiezione era già stata del resto riconosciuta valida dal FILOMUSI GUELFI, *Introduzione*, cit., p. XVI ss., specie XVIII, che di conseguenza aveva per l'appunto ripiegato su una nozione meramente « etica » e « sociale » di detta proprietà (vedi anche *Enciclopedia giuridica*, I, 7ª ed., Napoli 1916, p. 427). Quanto all'asserita analogia, è indicativo il rilievo dello stesso SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 198.

⁽¹⁸⁾ Sulla correttezza di tale trapasso sembra nutrire riserve anche PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 392.

segnatamente del suo impiego pratico — pur da noi recenti prese di posizione sembrano ormai rivelare ⁽¹⁹⁾.

14. — Il tentativo di revisione porta ad isolare, nell'*iter* logico della teoria della prevalenza della vocazione intestata, alcuni momenti essenziali. L'ostacolo testuale contenuto nell'articolo 457, comma 2, c. civ. (come nell'art. 720, cpv., cod. abrog.), è aggirato sulla base della sottile argomentazione, secondo cui la norma richiamata non toccherebbe la gerarchia logica tra le due fonti di disciplina del fenomeno successorio, limitandosi a

(¹⁹) Già la reazione del MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 12 ss., contro la teoria che pone l'interesse superiore della famiglia a fondamento della successione intestata, appare al riguardo significativa anche se non è stata portata sino alle sue ultime conseguenze logiche, cioè all'abbandono del principio della « preminenza » della vocazione legittima (di cui vengono peraltro assai ridimensionate le conseguenze pratiche: v. p. 15 ss.). Ma ulteriori sintomi del declino del dogma possono rinvenirsi in due scritti ancor più recenti. Si allude all'indagine di C.A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 29 ss. (ove una più che altro rituale adesione al dogma di prevalenza della successione legittima — p. 43 e 45, nota 63 — è svuotata dal riconoscimento, operato nella scia del Mengoni, che sul piano delle soluzioni pratiche il dogma stesso è stato « in molti casi invocato a torto »: v. p. 46 ss.); e soprattutto al volume di L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 71 ss. (in cui la teoria della preminenza della vocazione legale è respinta, e lo stesso problema di « preminenza » negato come reale « problema di interpretazione del diritto positivo »; non molto tempo prima, l'a. ancora si serviva della teoria in questione per attaccare una pronuncia che aveva ammesso la validità della diseredazione: cfr. la già cit. nota in *Foro pad.*, 1955, I, c. 51). Da ultimo, contro la tesi della supremazia del regolamento successorio legale su quello testamentario ha preso partito (ma non pare con adeguata motivazione) anche PIRAS, *Successione per causa di morte, Parte generale, Successione necessaria*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1965, p. 68-72. Mentre sembra dubitare della consistenza del problema, così come solitamente impostato, F. ROMANO, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, cit., p. 762, nota 16.

stabilire una « precedenza di fatto » della vocazione testamentaria, date certe condizioni: la medesima disposizione anzi, presa nel suo complesso, segnalerebbe essere la vocazione « legale » *tout-court* che in altri casi prevale anche di fatto ⁽²⁰⁾. L'individuazione del fondamento di quest'ultima nella tutela dell'interesse superiore della famiglia, consente poi di sottolineare la preminenza dell'interesse così protetto su quello garantito attraverso il riconoscimento normativo della libertà negoziale *mortis causa*. Infine, la circostanza per la quale simile asserito interesse « superiore » risulta di converso liberamente accantonabile dai privati, viene spiegata tramite il ricorso a una categoria di norme, quelle « dispositive », la cui particolarità starebbe proprio nell'assommare i due caratteri della destinazione alla specifica tutela di un interesse pubblico e della derogabilità.

Una volta chiarito come in ogni caso il tema vada depurato da inframmettenze di elementi estranei, quali quelle con il diverso e del tutto indipendente problema di teoria generale riguardante la relazione tra volontà privata e norma ⁽²¹⁾; è precisamente su i tre indicati passaggi del ragionamento che il discorso critico deve appuntarsi.

⁽²⁰⁾ CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 28, 30; CICU, *Le successioni*, cit., p. 209; L. Coviello jun., *Lezioni*, cit., p. 219; GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, cit., p. 333; MENGONI, *Successioni legittime*, cit., p. 5, 10; adde C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 43.

⁽²¹⁾ V., per l'importante precisazione, CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 22; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 200. Non di rado, invece, tra i due problemi è mancata una rigida separazione: cfr., ad es., M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 247 (v. però p. 250 ss.). Appunto nel senso della generale, e d'altronde scontata prevalenza della norma sulla volontà privata (« di cui a volte legittima l'efficacia, a volte la disconosce », poiché « nel mondo giuridico la norma può tutto »), e quindi in un senso interamente diverso da quello qui criticato, intendono la preminenza della legge sulla volontà del testatore NICOLÒ, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 149, 195 (e nota 2), e PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 393-394.

Intanto non convince, nei termini in cui è proposta, la preliminare distinzione fra le due questioni di « precedenza » e di « preminenza » in ordine al rapporto vocazione legale-testamento. La dicotomia poggia precipuamente sull'equiparazione, al livello della problematica in esame (fondamento dell'istituto), tra la semplice successione *ab intestato* e la c. d. successione necessaria dei legittimari ⁽²²⁾. Ma sembra che, per lo meno sul piano menzionato, simile equiparazione si dimostri arbitraria. Mentre infatti origine storica e peculiari caratteristiche normative (diversità quanto al contenuto della vicenda, sia in sede di determinazione della sfera dei destinatari, sia in sede di determinazione dell'« oggetto » della successione; quanto alla fattispecie cui si ricollega la vicenda, per la sua integrazione con l'elemento della presenza di una vocazione — testamentaria o legittima — lesiva della quota di riserva; quanto al particolare meccanismo funzionale, incentrato sull'azione di riduzione) ⁽²³⁾, danno ragione e misura del distacco concettuale, che se non altro sotto certi profili divide la c. d. vocazione contro il testamento dalla vocazione intestata; è per altro verso evidente che la rilevata differenza si

(22) Invero premessa dell'impostazione è d'ordinario l'asserto, secondo cui la successione dei legittimari non rappresenterebbe (anche sotto il profilo del fondamento) che una semplice *species* del più ampio *genus* della « vocazione legale », talché nella successione legittima « dispositiva », come in quella « cogente », identico sarebbe l'interesse tutelato, e variabile solo il grado della tutela. Di tal guisa si giunge evidentemente — nella lettura dell'art. 457 — a una rigida contrapposizione tra testamento da un lato e « vocazione legale » considerata globalmente (come un « unico campo di precetti ») dall'altro: ponendo il problema dei reciproci rapporti di fronte a una soluzione che diviene obbligata.

(23) ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 97 ss.; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 8. Per quanto specificamente concerne la soluzione, che ci pare sicura, secondo cui il legittimario preterito consegue la quota di riserva e con essa la qualità di erede mediante e per effetto dell'azione di riduzione, v. da ultimo MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, cit., p. 27.

ripercuote, ed anzi ha radice, appunto nel diverso fondamento razionale e politico-giuridico degli istituti considerati ⁽²⁴⁾. Del resto, non solo talora è sembrata al proposito indicazione decisiva la possibilità, ipotizzata nell'articolo 553 c. civ., che le norme sulla « legittima » entrino almeno formalmente in conflitto, oltre che con il testamento, anche con il sistema della successione legittima ⁽²⁵⁾; ma questa diversità di fondamento traspare in modo assai chiaro proprio dalla sicuramente distinta natura delle norme regolanti i due settori: se le norme sulla protezione dei legittimari sono norme (relativamente) inderogabili che prefigurano limiti alla libertà negoziale *mortis causa* ⁽²⁶⁾, tali non sono invece,

(24) Stabilita la diversità di fondamento, perde per noi interesse la controversia intorno al problema, se sistematicamente la c. d. successione necessaria debba o meno classificarsi come un *tertium genus* accanto alle successioni legittima e testamentaria. Per citazioni sommarie si vedano: a favore dell'identificazione in una stessa categoria concettuale della successione intestata e necessaria, M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 191, 262 ss.; BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milano, 1928-29, p. 31; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 28 ss.; CICU, *Le successioni*, cit., p. 212 ss.; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 221; SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 265 s.; da ultimo L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 77 ss.; per l'autonomia, invece, SALIS, *La successione necessaria*, cit., p. 91 ss.; MOSCO, *Studi sulla successione necessaria*, Udine, 1939, p. 12 ss. (che sostiene, contemporaneamente, l'autonomia della successione necessaria e l'identità di fini con quella intestata); v. ora, per posizioni disimpegnate, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 8, 13-14; C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 35 ss.

(25) MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 14; *contra* SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 267.

(26) È ormai comune il rilievo, che l'inderogabilità delle norme sulla c. d. successione necessaria è « relativa », non solo perché esse sono pur sempre « rinunciabili » dal legittimario, ma anche perché l'« indisponibilità » da esse derivante appare di tipo attenuato, la violazione essendo colpita soltanto con « la sanzione minore di una impugnativa negoziale (azione di riduzione) »: MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, cit., p. 17; L. FERRI, *op. cit.*, p. 71; C. A. FUNAIOLI, *op. cit.*, p. 35.

e *pour cause*, le norme sull'ordinaria vocazione *ex lege* ⁽²⁷⁾. La comune affermazione, per cui le seconde avrebbero lo stesso fondamento d'ordine superiore delle prime, si atteggia dunque già a prima vista come una petizione di principio ⁽²⁸⁾.

15. — Il postulato su cui fa soprattutto affidamento l'apena considerato processo di identificazione, cioè l'assunto che le norme governanti la successione legittima abbiano come scopo istituzionale la tutela della famiglia quale organismo di superiore importanza sociale, costituisce poi senza dubbio il pilastro centrale dell'intero dogma conferente una preponderanza di « valore » alla vocazione legale; ma del medesimo sembra rappresentare nel contempo uno tra i principali errori di prospettiva.

Per chiarire le ragioni del dissenso, già lo stesso raffronto con le norme sulla c. d. successione necessaria si rivela al proposito estremamente istruttivo.

⁽²⁷⁾ Val la pena di ricordare che anche in Francia, ove per le note ragioni tecniche l'avvicinamento è *in re ipsa* (v., pure sulle diversità con l'ordinamento italiano, MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, cit., p. 2-3, 11), non si manca talora di sottolineare la disparità di fondamento tra successione intestata e riserva (R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments*², I, cit., p. 168-169; e v. DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, IX, cit., p. 18; ma cfr. invece J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Paris, 1951, p. 78), e si dubita esplicitamente della possibilità di argomentare per questa via una prevalenza della successione legittima semplice sul testamento: SOUM, *La transmission*, cit., p. 160; VIALLETON, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale (à propos du nouveau Projet de Code civil italien)*, in *Annuario di dir. comp. e di studi legisl.*, 2^a serie, XIII, 1938, p. 302. Sempre per ragioni di particolarità legislativa, la tesi orientata a una netta distinzione è logicamente pacifica in diritto tedesco, ove il legittimario è ridotto a mero creditore: v. BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 69 ss., (e, per una vigorosa e ragionata critica del sistema del B.G.B., p. 92 ss.).

⁽²⁸⁾ V. d'altra parte, per riserve sull'accennata impostazione, e per una più articolata considerazione del problema del fondamento delle varie successioni, già PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit. p. 392.

Non si può preliminarmente sottacere che — ad onta di comunissime affermazioni — neppure in queste ultime norme, posto il problema in termini di fondamento, sembra trovar ragionevolmente spazio l'inutile astrazione celantesi nella formula dell'« interesse collettivo dell'organismo familiare » ⁽²⁹⁾. Il reale oggetto della tutela legislativa appare infatti suscettibile di venir più propriamente qualificato con riferimento all'interesse (patrimoniale) individuale dei singoli membri del ristretto nucleo sociale, cui la legge in materia si rapporta ⁽³⁰⁾. Forse l'opposta visuale subisce ancora una volta, magari inconsapevolmente, l'influenza esercitata dalle impostazioni « pubblicistiche » o « istituzionalistiche » del problema giuridico della famiglia ⁽³¹⁾: comun-

(29) Invece la dottrina è generalmente orientata appunto nel senso dell'esistenza di una finalità di tutela dell'« istituto familiare », seppure con varie sfumature: « dovere morale e sociale » dell'individuo verso la famiglia (L. COVIELLO sen., *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1937, p. 285); « tutela della famiglia, considerata come istituto di interesse superiore » (SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 264; e v. BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 44, 250; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 33; CICU, *Le successioni*, cit., p. 210; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 218; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 14; C.A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 32 ss.); « comunione patrimoniale familiare » (FILOMUSI GUELFI, *Diritto ereditario*, I, 3^a ed., Roma, 1909, p. 3, seguito da MOSCO, *Studi sulla successione necessaria*, cit., p. 10 ss.).

(30) Quindi l'espressione « tutela della famiglia » può valere al massimo come traslato, per indicare la somma degli interessi individuali dei singoli familiari.

(31) Il tema, suggestivo, non può qui ovviamente esser nemmeno sfiorato. Val ad ogni modo la pena di notare che in poche discussioni giuridiche, come in quella intorno al problema della famiglia, ideologia e dati normativi si sono accavallati in maniera tanto inestricabile, e così frequente è stato pure il salto tra le stesse posizioni ideologiche di partenza e i risultati concretamente raggiunti. Quanto alla teoria tendenzialmente « pubblicistica » del diritto di famiglia (fondamentale, da noi, CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., *passim*, specie p. 77 ss.: per una parziale difesa della concezione del C. v. ora L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica*

que sia, essa risulta in contrasto con i dati generali del sistema ⁽³²⁾.

italiana, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 112), è ormai osservazione frequente che essa (pur definita « escogitazione di scuola ») è praticamente « servita a nascondere le pretese ed aspirazioni dello Stato in materia di difesa della razza e di educazione della gioventù » (RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Iustitia*, 1957, p. 352).

Per altro verso, l'affermazione che i codici moderni hanno in realtà concepito la disciplina della famiglia come disciplina di una « somma », un « sistema » di singoli rapporti interindividuali fra i suoi membri, e quindi considerato e tutelato « esigenze proprie dell'individuo e non di un distinto organismo, quale espressione di un superiore interesse collettivo », risulta ancor oggi piuttosto diffusa: v. da noi, BIANCA, voce *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 71-72 (che sembra approvato da GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 413); in Francia THÈRY, *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, in *Dalloz*, 1953, *Chr.*, p. 47-52; in diritto tedesco BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 85 (cfr. però le riserve di p. 90-91, circa l'adeguatezza di detta visione alla realtà sociale, per quanto concerne la *Kleinfamilie*); DÖLLE, *Familienrecht*, I, Karlsruhe, 1964, p. 10, 39-40 (pur con qualche critica di politica legislativa); BEITZKE, *Familienrecht*, 12^a ed., München-Berlin, 1964, p. 2. Cfr. inoltre, già su un piano filosofico, DABIN, *Sur le concept de famille*, in *Miscellanea Vermeersch*, Roma, 1935, n. 229 ss.

Riguardo alla teoria della personalità giuridica della famiglia, patrocinata da SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, (1^e serie), 2^a ed., Paris, 1952, p. 108-132, v., per tutti, la contestazione di DABIN, *Le problème de la personnalité morale de la famille*, in *Revue du Bulletin de l'Académie royal de Belgique*, classe de Lettres, 5^a serie, XXXV, 1949, p. 329 ss.; e v., da ultimo, nella prospettiva di un nuovo concetto di « personalità giuridica » (agganciato al dettato dell'art. 29 Cost., primo comma), MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 14 ss., che tuttavia nega la possibilità di ravvisare come tutelato nella normativa sulla famiglia un interesse superiore e collettivo del gruppo, trascendente quello dei singoli membri (*op. cit.*, p. 16, nota 28, e 18 ss.).

Per quanto attiene alla storia dalle idee circa la posizione sistematica del diritto di famiglia, una rapida ma brillante sintesi è ora in PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 706-713.

⁽³²⁾ Analogamente, per diritto francese, THÈRY, *op. cit.*, p. 48 (e v.

Né, in verità, pare valgano a individuare come sostrato della normativa concernente la legittima un « interesse collettivo alla

anche p. 48, nota 1, ove si ricorda l'atteggiamento dei codificatori in materia di sostituzioni: cfr., sul punto, anche WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 364 ss.). Può essere d'altra parte interessante segnalare come da una nota posizione ideologica conservatrice (Le Play), fra le più preoccupate peraltro del mantenimento dell'« unità familiare », proprio nella regola del *partage égal* e soprattutto nell'istituto della riserva si siano visti i peggiori nemici per l'interesse unitario del gruppo familiare (inteso nel senso arcaico di *famille-souche*), in conseguenza del frazionamento della proprietà e dell'indebolimento dell'autorità del capo-famiglia che essi comporterebbero (v. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 351; e per qualche riserva di principio, ancora nel 1904, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE, *La famille et le Code civil*, in *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, I, cit., p. 290-291). V., del resto, per l'affermazione che il *code civil* ha superato (in materia successoria) la nozione della famiglia come « entità organizzata », avente un interesse « collettivo », già COLIN, *Le droit de succession dans le Code Civil*, nel volume collettaneo ult. cit., p. 311; e cfr., per il B. G. B., BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 122, 136.

Quanto alla concezione che vuol vedere nella « legittima » uno strumento di tutela dell'interesse « collettivo » della famiglia intesa come « organismo », al rilievo, che sarà subito fatto, circa la congruenza tra la cerchia dei legittimari considerati dal nostro codice e il nucleo familiare minimo cui oggi corrisponde il vero concetto di famiglia, va aggiunto che siffatta spiegazione dell'istituto esaminato ha poi da fare i conti con il fenomeno sociale (v. già HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 172 e 177, p. 156 e 159; ed ora DÖLLE, *Familienrecht*, I, cit., p. 40; GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München-Berlin, 1964, p. 2; incidentalmente ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in on. di A. Cicu*, II, Milano, 1951, p. 559; per un maggiore approfondimento sociologico, da noi, i brevi ragguagli di PALAZZO, *Su alcune trasformazioni della struttura familiare in un'area sociale di transizione*, negli *Studi in mem. di G. B. Funaioli*, Milano, 1961, p. 843, con riferimenti a sociologi anglosassoni; adde KÖNIG, voce *Famiglia*, in *Sociologia* a cura di R. König, trad. it., Milano, 1964, p. 142, che menziona, al riguardo, la distinzione tra *family of orientation* e *family of procreation*; e cfr. T. PARSONS, *La struttura sociale della famiglia*, in ANSHEN, *La famiglia*,

conservazione economico-sociale della famiglia » — ed a isolare in ciò le forti ragioni di differenziazione esistenti, dal punto di vista del fondamento, tra successione « cogente » e successione

la sua funzione e il suo destino, trad. it., Milano, 1955, p. 212 ss.; HORKHEIMER, *L'autoritarismo e la famiglia d'oggi*, nello stesso vol., p. 350-351) per cui con il matrimonio dei figli si crea una nuova famiglia autonoma, sicché la famiglia originaria trova in siffatto accadimento (come, ad es., nella morte dei genitori) il suo naturale scioglimento. Al lume di una visuale della « riserva » come rivolta a tutelare l'interesse collettivo del nucleo familiare in senso proprio, si spiegherebbe allora (almeno per il caso di avvenuta separazione dalla famiglia paterna) che il legislatore non consideri legittimari i fratelli e le sorelle, ma non si spiegherebbe invece che, pur sciolta la comunione di vita che sta alla base del concetto ristretto di famiglia, la legge continui a considerare la relazione ascendenti-discendenti ai fini della riserva ereditaria (né si spiegherebbe, ovviamente, la riserva dei figli naturali, per definizione estranei al nucleo sociale che l'ordinamento tutela, cioè la famiglia legittima): e ciò non fa se non confermare, che il vero punto di riferimento prescelto dal legislatore nel regolare la « riserva » non è un astratto e superindividuale interesse di gruppo, ma una relazione familiare interindividuale giudicata degna di particolare tutela sotto il profilo economico-successorio.

Né, infine, nel valutare e costruire gli aspetti patrimoniali per cui è normativamente rilevante il riferimento ad uno *status* familiare, si può prescindere dal fenomeno (ormai chiaramente individuato da sociologi e giuristi) che — in corrispondenza alla sua « perdita di funzione » (cioè della funzione tradizionale, sul piano economico e politico: v. anche RESCIGNO, *Le società intermedie*, cit., p. 354, con qualche accorato accenno circa le conseguenze determinatesi anche sul piano spirituale) — ha portato, almeno nelle società urbano-industriali, ad una *Verinnerlichung* della moderna famiglia: ad una « erhöhte Intimität », una « Intensivierung der Intimsphäre der Familie » (König), sino ad una « Ausgliederung der Familie in das Private » (Schelsky): v. DÖLLE, *op. cit.*, p. 19, e nota 10; GERNHUBER, *op. cit.*, p. 2; anche MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, Tübingen, 1962, p. 39 ss.; e, per il lettore italiano, KÖNIG, *op. cit.*, p. 146; R. LINTON, *La storia naturale della famiglia*, in ANSHEN, *La famiglia*, cit., p. 48 ss. (v. anche, in rapporto all'oggetto della tutela costituzionale, quanto scrive MAJELLO, *op. cit.*, p. 13 ss.).

intestata — recenti acute osservazioni al riguardo avanzate ⁽³³⁾.

Non quella, in primo luogo, facente capo all'idea secondo cui la quota di riserva avrebbe carattere collettivo, in quanto « destinata complessivamente ai membri del nucleo familiare nella cui cerchia la legge vuole sia conservata almeno una parte dei beni del defunto » ⁽³⁴⁾: giacché il metodo dell'indicazione complessiva della quota, talora adottato nel codice per precisare quantitativamente i diritti delle « persone, a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità » (art. 536 c. civ.), sembra in realtà mancare di particolare valore dommatico ed anzi esaurire il suo significato in una pura semplificazione di calcolo all'interno del sistema della « quota mobile » seguito da nuovo legislatore; mentre sul piano concreto merita di essere respinta come normativamente senza appoggio, praticamente poco logica e in definitiva iniqua la tesi che vorrebbe introdurre il principio dell'accrescimento anche in sede di computo della riserva ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 14, che utilizza anche questi argomenti per dimostrare il diverso fondamento giuridico-politico delle due forme di successione.

⁽³⁴⁾ MENGONI, *op. loc. cit.*

⁽³⁵⁾ BARBERO, *Sistema*⁶, II, cit., p. 1038, nota 2 (che vi svolge una polemica, assai sforzata nelle motivazioni, con Cicu); CARIOTA FERRARA, *Successioni*, I, 2, cit., p. 99 e 29, nota 24; PIRAS, *Successione*, cit., p. 205, 232: si argomenta, di volta in volta, dalla presupposta unitarietà della categoria della successione « legale », che autorizzerebbe l'applicazione dell'art. 522 c. civ., dettato in materia di successione legittima, pure alla successione necessaria; dalla presenza anche nella successione dei legittimari di casi di vocazione congiuntiva e dal preteso « valore generale » dell'istituto dell'accrescimento; dall'assunto che « la legittima non si determina dai successori, ma piuttosto dai chiamati ». Ad un argomento di quest'ultimo tipo (sulla base di un assai labile appiglio letterale) fa richiamo anche la Cassazione francese, peraltro vigorosamente contrastata dalla maggioranza della dottrina (la polemica — per noi sopita dal c. civ. del 1865, che non accogliendo il sistema della « quota mobile » aveva eliminato in radice il problema — è stata molto vivace in Francia sin dal tempo

L'altro rilievo concerne la costante attribuzione al coniuge, nella successione « necessaria », del solo usufrutto su una quota

dei primi commentatori: v. PERRONE CAPANO, *Sulla quota spettante al legittimario che solo accetta l'eredità in caso di rinuncia degli altri legittimari*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, II, p. 5-6); un'energica critica è ancora, ad esempio, in JOSSERAND, *Cours de dr. civ. français*, III, cit., p. 864 (che rileva i « risultati pratici veramente paradossali » della soluzione giurisprudenziale); e in COLIN-CAPITANT, *Cours élém. de dr. civ. français*¹⁰, III, cit., p. 786 (i quali individuano l'origine della teoria combattuta nell'idea, conforme alla tradizione dell'*ancien droit* francese, che la riserva colpisca i beni di una sorta di indisponibilità per il loro proprietario; e soggiungono che, invece, « l'evoluzione delle idee moderne sulla riserva deve condurre all'abbandono di una soluzione, la quale offre in pratica gravi inconvenienti »); cfr. inoltre MALLET, *La renonciation à succession*, Paris, 1931, p. 301 ss. (l'imbarazzo in cui viene a trovarsi la tesi della giurisprudenza, specie in certi casi, è ammesso anche da PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², V, cit., p. 52-53, che per il resto assumono una posizione piuttosto agnostica). Nel senso della giurisprudenza v., all'opposto, H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*, IV, cit., p. 693, 702-704, e RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 592-593, 602-604 (che modificano l'originaria impostazione di Planiol: cfr. p. 602, nota 2): entrambe le prese di posizione si basano sull'asserito « carattere collettivo della riserva » (conforme logicamente, data la sua concezione della famiglia, SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales*², cit., p. 112-113). Ma contro quest'ultima visuale della riserva sono ora, assai decisamente, i *Travaux de la Commission de réforme du code civil*, cit., p. 350, 369, e l'*Avant-projet de code civil*, II, cit., p. 67 dell'*Exposé des motifs* (v. d'altronde espressamente, sul punto specifico, l'art. 884, comma 3, dell'avanprogetto).

Per il nostro diritto, ad ogni modo, in cui nessuna traccia è rimasta degli accennati caratteri della *réserve coutumière* francese, non sembra dubbio che la soluzione dell'accrescimento vada respinta. Non tengono le contrarie argomentazioni. a) La tesi dell'unicità della successione « legale » in senso ampio diviene fonte di apriorismo ove venga spinta dall'innocuo terreno classificatorio a quello delle soluzioni pratiche, in maniera da postulare in principio una correlativa unitarietà di regolamento giuridico (un siffatto indirizzo trascurerebbe non solo la diversità di fondamento ma soprattutto la differenza di disciplina normativa, che si sono appena segnalate nelle due forme di successione *ex lege*: cfr.

del patrimonio ereditario (nella successione legittima, tranne il caso dell'articolo 581 c. civ., al coniuge è invece sempre attribuita

ancora, sul punto, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 8, e *Quota di riserva e porzione legittima*, cit., p. 11). b) L'assunto che l'istituto dell'accrescimento abbia un valore generale nel nostro diritto successorio integrerebbe alla stessa stregua una petizione di principio, pur se si dovesse riconoscere che l'art. 522 c. civ. regola una vera ipotesi di « diritto di accrescimento » (parallela a quella dell'art. 674 ss.) in materia di successione legittima (così CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 98 ss.; PIRAS, *op. cit.*, p. 204 ss.; ROBBE, voce *Accrescimento*, cit., p. 168-170; contra SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nelle successioni per causa di morte*, Milano, 1953, p. 281 ss.; GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956, p. 200-202, e voce *Accrescimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, p. 329; CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 60-61; e v., per un'impostazione assai corretta del problema, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 71-73). c) Ancor meno conta l'argomento lessicale tolto dall'espressione codicistica « se il testatore lascia » (cfr. art. 537 ss.), giacché, come risulta anche da altre disposizioni, la formula « è sicuramente usata nel senso più specifico del venire effettivamente alla successione » (SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 276-277). In effetti, oltre all'argomento della retroattività della rinuncia (art. 521), appare decisiva l'assurdità pratica d'un risultato per cui, sopravvivendo ad esempio al testatore due (o più) figli, ma solo uno tra essi adendo in concreto l'eredità, quest'ultimo si troverebbe ad avere una legittima di 2/3, cioè più di quanto gli sarebbe riservato se fosse solo. L'organizzazione della legittima accolta dal codice (dalla quale, tra l'altro, si evince chiaramente il principio dell'individualità dell'azione di riduzione, che ciascun legittimario può esercitare solo nei limiti della quota di riserva a lui spettante) esclude con sicurezza una simile soluzione. Contro di essa è difatti la migliore dottrina: v., oltre a Santoro Passarelli, CICU, *Le successioni*, cit., p. 252; MESSINEO, *Manuale*³, VI cit., p. 303-304; e già PERRONE CAPANO, *op. cit.*, in particolare p. 11 ss. Sorprende, invece, l'opposta decisione che sembra essere accolta da Cass., 24 gennaio 1957, n. 221, di cui si conosce peraltro la sola massima (vedila in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 74); non rilevano di contro le altre due sentenze della S. C. comunemente richiamate a favore dell'accrescimento (Cass., 27 gennaio 1943, n. 188, in *Riv. dir. priv.*, 1944, II, p. 1 ss., e Cass., 11 maggio 1962, n. 949, in *Foro it.*, 1963,

una quota di patrimonio in piena proprietà). Qui sembra realmente affiorare una, per quanto malintesa e a ben vedere piuttosto marginale, preoccupazione del legislatore per l'« interesse collettivo della famiglia », *sub specie* di interesse alla difesa del patrimonio familiare ⁽³⁶⁾: l'antiquata posizione riservata al coniuge superstite nella successione « necessaria » appare in effetti il prodotto del contemperamento tra l'esigenza di assicurare allo stesso i mezzi patrimoniali di sussistenza, e il vieto « principio di conservazione dei beni nella famiglia » ⁽³⁷⁾. Peraltro alla radice di simile impostazione sta l'appariscente controsenso di considerare il coniuge come estraneo alla famiglia medesima ⁽³⁸⁾:

I, c. 194) poiché attengono in realtà a fattispecie che erano regolate dal c. civ. del 1865, ove per le esposte ragioni il problema si poneva in termini affatto diversi.

⁽³⁶⁾ Vedi MENGONI, *Successione legittima*, p. 14.

⁽³⁷⁾ Da ultimo BACH, *Contribution a l'étude de la condition juridique du conjoint survivant*, in *Rev. trim. de droit civil.*, 1965, p. 547 ss., 564 ss., le cui considerazioni si riferiscono tuttavia alla posizione del coniuge nella successione intestata (come noto, in Francia il coniuge non è ancora « riservatario »; v., per una critica *de jure condendo* al sistema, LE BALLE, *Réflexions sur la réforme de la quotité disponible entre époux*, in *Etudes jurid. offertes à L. Julliot de la Morandière*, Paris, 1964, p. 257 ss.; VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France, depuis le code civil*, in *Mélanges offertes à J. Maury*, II, Paris, s. d., ma 1960, p. 594; e v. i *Travaux de la Commission de réforme du code civil*, cit., p. 352-353, 77, nonché l'*Exposé des motifs*, in *Avant-projet de code civil*, II, cit., p. 21, 31, 68: gli art. 884 ss. dell'*avant-projet* attribuiscono ora al coniuge una quota di riserva in piena proprietà). Cfr. inoltre, da noi, le penetranti osservazioni (anche di politica legislativa) svolte in MENGONI, *op. cit.*, p. 161-165 (nella stessa direzione, da ultimo, SCHLESINGER, *L'ordine interno della famiglia*, in *Iustitia*, 1965, p. 39-40).

⁽³⁸⁾ Siffatto controsenso è ormai comunemente avvertito dagli scrittori francesi (v. BACH, *Contribution*, cit., p. 246 ss.; LE BALLE, *Réflexions*, cit., p. 254), i quali appaiono in questi anni impegnati in un vasto ripensamento della posizione sistematica che, nel quadro della successione legittima, i diritti del coniuge superstite sono venuti assumendo a seguito

il quale controsenso urta in maniera macroscopica con il vero concetto di famiglia accolto dal nostro diritto sulla scia del

delle numerose riforme succedutesi in materia (cfr., per lo stesso ordine d'interessi, anche VIALLETON, *op. cit.*, p. 588 ss.). Lo scritto di Bach, che è il più ampio tra quelli comparsi sull'argomento, oltre a una completa ricostruzione delle accennate vicende legislative, contiene alcuni interessanti spunti (p. 571 ss.) intorno alle prospettive di una nuova concezione dei diritti successori del coniuge, almeno con riguardo a certe categorie di beni, che sociologicamente si presentano come veri *biens du ménage*, e la cui attribuzione preferenziale al coniuge superstite risponde all'opportunità sociale di mantenere il « quadro di vita » dell'individuo, nonché al rispetto verso il criterio di normalità, per cui si può presumere la loro provenienza dal lavoro e dal risparmio comune. Una concezione di questo tipo già traspare da alcune recenti statuizioni del legislatore francese, ad esempio quelle in tema di attribuzione preferenziale — e di *maintien de l'indivision* — per quanto concerne l'*exploitation* dell'impresa, la casa d'abitazione, il locale ove si esercita l'attività professionale, ecc.: cfr. WEILL-MAUSS, *L'attribution préférentielle, par voie judiciaire, d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale à caractère familial*, in Dalloz, 1962, chr., p. 65 ss., e, per una discussione sull'argomento durante i lavori preparatori per il nuovo codice civile francese, *Travaux de la Commission de réforme du code civil.*, cit., p. 209 ss., 264 ss. Notevolmente più ridotta appare la considerazione delle segnalate esigenze sociali nella normativa del § 758 A.B.G.B., del § 1932 B.G.B., e in quella più recente dell'art. 1820, comma 2, c. civ. greco, per cui v. la noticina di STEFANOPOULOS, *La successione ab intestato nel diritto ellenico e comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 391; allo stesso proposito, per la *common law* inglese, v. SARFATTI, *Le successioni, I diritti successori del coniuge superstite (studio di diritto comparato)*, in *Arch. giur.*, 151, 1956, p. 91 s. Un altro e diverso problema è posto dall'esigenza di tener conto, al momento dello scioglimento del matrimonio, del contributo normalmente dato con la propria collaborazione da un coniuge agli incrementi patrimoniali dell'altro: v., per i sistemi adottati in Svizzera e in Germania — qui con importanti riflessi sul diritto successorio — e per vantaggi ed inconvenienti degli stessi, MENGONI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione germanica*, in *Scritti in ricordo di F. Salvi*, Bologna, 1960, p. 263 ss., a p. 271 ss., e GHEZZI, *Recensione all'11ª ed. dell'Erbrecht di Kipp-Coing*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 667-670; su qualche problema sollevato dal nuovo regime legale

comune sentimento sociale, e finisce con annullare la portata sistematica del dato legislativo in questione ⁽⁸⁹⁾.

francese, v. poi BRAZIER, *A propos de la réforme des régimes matrimoniaux: la communauté « fantôme »*, in *Sem. jurid.*, 1966, I, 1984.

(⁸⁹) Portata che appare d'altronde già attenuata dalla possibilità, in molti casi mantenuta al testatore, di disporre liberamente, e quindi anche fuori dell'ambito familiare, della nuda proprietà sui beni spettanti in usufrutto al coniuge: cfr. art. 542, comma 1; art. 543, comma 2 e 3, e art. 546 (qui, oltretutto, i legittimari concorrenti — figli naturali — non fanno parte della famiglia legittima); art. 544 c. civ.

Quanto alla facoltà di commutazione concessa contro il coniuge usufruttuario (art. 547 c. civ.), essa non è certo diretta a tutelare un interesse della « famiglia » come tale. Comunemente si ravvisa il fondamento dello istituto nell'opportunità di far cessare la coesistenza, socialmente ed economicamente pregiudizievole, dei diritti di proprietà e di usufrutto sui beni ereditari (BACH, *Contribution*, cit., p. 568; CICU, *Le successioni*, cit., p. 203; MENGONI, *op. cit.*, p. 211); o nell'esigenza di agevolare l'eliminazione di « quella complessa situazione di contitolarità di rapporto reale che è costituita dalla presenza di un usufrutto su una *pars pro indiviso* » (ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 190). Ma, mentre contro questo ordine di spiegazione si è giustamente obiettato (PERLINGIERI, *L'intrasmissibilità della facoltà di commutazione di cui all'a. 547 c. c.*, in *Dir. giur.*, 1965, p. 825), che allora dovrebbe ammettersi la facoltà di commutazione anche nei confronti del coniuge usufruttuario *ex testamento* (ciò che esattamente dottrina e giurisprudenza concordi escludono); vi è stato chi, probabilmente a ragione, ha ritenuto di dover vedere nell'istituto null'altro che il segno di « un residuo e non del tutto consapevole sfavore successorio » verso il coniuge (SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 292). In ogni caso, che alla base della facoltà di commutazione stia la protezione di un interesse della « famiglia » (per quanto in senso arcaico, cioè fondata sul « vincolo di sangue ») potrebbe reputarsi già escluso dal fatto che l'art. 547 sembra attribuire la facoltà medesima a tutti gli eredi indistintamente, e quindi (oltre che ai figli naturali) anche ad eventuali eredi testamentari estranei alla famiglia: così espressamente la *Relaz. prog. def.*, n. 82, e conforme CICU, *op. cit.*, p. 257, pur rilevando l'incongruenza della disposizione. Per qualche dubbio, a quest'ultimo proposito, v. però adesso PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 826-827.

Ma ciò che soprattutto occorre sottolineare è come, pur se anche in materia debba prescindersi dall'equivoco concetto di « interesse collettivo della famiglia », sia ad ogni modo indubitabile che alla base della c. d. successione necessaria si trova l'esigenza, avvertita dal legislatore, di assumere direttamente (ponendo un limite d'ordine pubblico al potere dispositivo del testatore) la protezione dell'interesse successorio dei membri di un gruppo familiare che, ristrettamente inteso, presenta effettiva ed eminente rilevanza sociale ⁽⁴⁰⁾. E proprio questa osservazione acquista valore decisivo ai fini di un confronto con la *ratio* della successione legittima.

16. — Un simile fondamento è infatti con ogni evidenza estraneo alla successione intestata. Lo segnala già chiaramente la stessa elencazione normativa delle categorie di successibili *ex lege* (art. 565 ss., c. civ.). Appaiono in particolare rivelatori: l'estendersi dell'*ordo* successorio legittimo sino ai parenti del lontano sesto grado, per buona parte dei quali (non senza efficacia si è parlato al proposito di *lachenden Erben*, « eredi che ridono ») la successione risulta « un puro dono di fortuna » ⁽⁴¹⁾; e in qual-

⁽⁴⁰⁾ In ordine alla possibilità d'identificare tale gruppo con quello della famiglia in senso moderno, va notato — in aggiunta a quanto già detto *retro*, nota 32, sulla rilevanza sociale dello « smembramento » della famiglia (in senso stretto) per formazione di nuovi e autonomi nuclei familiari, ecc. — anche il fatto che nel nostro codice, per apprezzabili motivi di giustizia e solidarietà sociale, la posizione di legittimario è attribuita altresì al figlio naturale, che ovviamente non fa parte della famiglia legittima (si veda, sul significato ideologico di tale diffuso orientamento legislativo, oltre a WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 368 ss., VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire*, cit., p. 585).

⁽⁴¹⁾ Così già BONFANTE, *Riforma del diritto ereditario*, ora in *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1916, p. 566, argomentando dal non meno esatto rilievo, che all'indicato livello « il vincolo di comunanza familiare e di solidarietà parentale è un mito » (p. 563), sicché « al di là della vera famiglia la successione è un puro lucro » (p. 565). Assai decisamente (anche per la

che misura anche, almeno per chi creda alla natura successoria del correlativo acquisto, l'inserimento in detto *ordo* dello Stato ⁽⁴²⁾.

ragione che il B. G. B. conosce ancora un illimitato diritto successorio dei parenti, sino al più lontano grado), BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 27, e *Einführung*, cit., p. 136: ove si parla di « Lotteriegewinn », e di « sinnloses Spiel des Glücklosen » (riprendendo una espressione di Trendelenburg); conforme BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 48 (che parla di « Glückszufall »); la definizione di « guadagno accidentale » (a proposito dell'acquisto ereditario del parente non stretto) si trova già in HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 552 (nota al § 179). V., d'altronde, per una discussione su questi problemi sin dai tempi della codificazione tedesca, BARON, *Das Erbrecht in dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 75, 1883, p. 179 ss. Un cenno critico, sotto particolare profilo, è anche in LANGE, *Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers*, cit., p. 9, nota 5.

⁽⁴²⁾ L'argomento logicamente non vale contro chi, come il SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 598 ss., e ugualmente *Teoria della successione legittima dello Stato*, in *Studi in on. di A. Ascoli*, Messina, 1931, p. 499 ss., specie p. 519 ss. (seguito ad es. dal NICOLÒ, *Vocazione ereditaria*, cit., p. 14, nota 4, dal GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, cit., p. 361, e dall'OPPO, *Note sulla istituzione di non concepiti*, I, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 68) concepisce la c. d. successione statutale come non avente carattere ereditario, bensì « pubblicistico », in quanto basata istituzionalmente sull'esercizio di una funzione sovrana dello Stato. Quest'ultima tesi però (respinta ora espressamente nei lavori preparatori, ove è per contro seguita la teoria c. d. « successoria »: cfr. *Relazione al Re*, n. 272, ed anche n. 284) non trova più favore nella recente dottrina, che oggi tende a riconoscere la natura « successoria » dell'acquisto dello Stato: cfr. ALLARA, *Successione familiare suppletiva*, cit., p. 90 ss.; BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 243 ss.; BARBERO, *Sistema*⁶, II, cit., p. 110; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 9; anche CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 166, 172.

Potrebbe allora sembrare che certe radicali contrapposizioni di fondamento tra successione « familiare » e successione « statutale » (mentre alla base della prima starebbe la tutela dell'interesse superiore della famiglia, la seconda avrebbe come unico scopo di garantire la permanenza e stabilità dei rapporti giuridici) non tengano a sufficienza conto della distinzione tra le due diverse esigenze che costituiscono il fondamento della successione per causa di morte (la più analitica individuazione, qui ac-

Però specialmente la considerazione del primo elemento sistematico consente di mettere a nudo l'equivoco di fondo, cui soggiace la tesi ravvisante nella vocazione intestata una superiore funzione di « tutela della famiglia ».

Il fatto è che la tesi muove da un'inesatta visuale dell'istituto della famiglia, di cui fraintende e deforma la moderna sostanziale nozione. Si osserva a ragione che il concetto giuridico di « famiglia » non può non andare di pari passo col concetto proprio della coscienza comune ⁽⁴³⁾; che cioè esso è storicamente relativo, la sua estensione dipendendo dai valori economici, etici e politici riconosciuti in un determinato ambiente sociale ⁽⁴⁴⁾. Orbene, se la nota asserzione secondo cui la storia della famiglia è « la storia della sua disgregazione » ⁽⁴⁵⁾ ha un senso, questo riposa proprio e in primo luogo sul riscontro di quell'accelerato processo di « riduzione », di « concentrazione » del nucleo familiare ⁽⁴⁶⁾, che

colta, si deve all'ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 91): l'« esigenza negativa che un patrimonio non resti privo di titolare » (c. d. interesse pubblico *generico*, che sta alla base di tutto l'istituto della successione *mortis causa*) e l'« esigenza positiva che il patrimonio del defunto passi ad un determinato soggetto » (c. d. interesse *specifico* del chiamato). Poiché, intuitivamente, sia nella successione familiare che in quella statutale sono presenti entrambi gli indicati interessi: ed ugualmente inappropriato è perciò vedere solo la tutela dell'interesse « specifico » (dei familiari) nella successione intestata familiare (dimenticando il fine pubblico principale), come vedere solo la tutela dell'interesse pubblico « generico » nella statutale, trascurando il secondo aspetto.

⁽⁴³⁾ BARBERO, *Sistema*⁸, I, cit., p. 563.

⁽⁴⁴⁾ BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 24 (e v. p. 27 s.). E naturalmente, con un'accentuazione, CERRONI, *Considerazioni sul rapporto famiglia-società*, in *Famiglia e società nell'analisi marxista*, Quaderni di Critica marxista, n. 1, 1964, p. 10 ss. Ma anche DABIN, *Sur le concept de famille*, cit., p. 231-232.

⁽⁴⁵⁾ M. WOLFF, *Das Familienrecht*, 3^a rielab., in ENNECERUS, KIPP e WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 9/11^a ed., II, 2, Marburg, 1920, p. 2.

⁽⁴⁶⁾ BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 84; VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire*, cit., p. 581; e cfr. LE BRETON, *La fin de la fente succes-*

è venuto travolgendo, in coincidenza con le profonde trasformazioni sociali che hanno caratterizzato il XIX e il XX secolo, l'arcaica famiglia patriarcale, i cui confini e il cui significato si confondevano con quelli del « casato », della *Sippe*, della *famille-souche*.

L'esperienza mostra in effetti, che nella società del nostro tempo (se si parla in termini di istituto d'importanza sociale) vera « famiglia » è ormai soltanto la comunità domestica (la cosiddetta « famiglia coniugale », il *ménage*, la *Klein-famille*), cioè il gruppo, la cellula sociale unitaria comprendente i genitori e i figli ⁽⁴⁷⁾. Si tratta di una rilevazione ormai comune a sociologi

orale, in *Mélanges offertes à J. Maury*, II, Paris, s. d. (ma 1960), p. 495; LEFEBVRE, *La famille en France dans le droit et dans les moeurs, Cours prof. à la Fac. de droit de Paris*, Paris, 1921, p. 269-272.

(47) BARBERO, *op. loc. cit.*; BEITZKE, *Familienrecht*¹², cit., p. 9; BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 84, 91, 126; BONFANTE, *Riforma del diritto ereditario*, cit., p. 566; BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*, 2^a ed., Paris, 1928, p. 11; DABIN, *Sur le concept de famille*, cit., p. 232; DÖLLE, *Familienrecht*, cit., p. 3, 18, 38; FLOUR, *Cour d'introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, 1963-64, p. 620; GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 1; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, in *Traité de droit civil* di Colin e Capitant, I, Paris, 1957, p. 526; H. LEHMANN, *Deutsches Familienrecht*, 3^a ed., Berlin, 1960, p. 19; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2^a ed., Paris, p. 686, 707 (e v., nel tomo IV, cit., p. 539); MITTEIS, *Familienrecht* (in *Enzykl. der Rechts-und Staatswissenschaft*), 4^a ed., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 2; ROUAST, *La Famille*, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de dr. civ. français*, II, 2^a ed., Paris, 1952, p. 2; VIALLETON, *op. cit.*, p. 577 ss. (e cfr. *Travaux de la Commission de réforme du code civil*, cit., p. 15; *Avant-projet de code civil*, II, cit., *Exposé des motifs*, p. 21). V., del resto, già HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 156 (§ 172), 159-160 (§ 177 e 178), 163 (§ 180), 549 (nota al § 172). Adde, ora, DURRY-GOBERT, *Réflexions sur la réforme de la tutelle et de l'administration légale*, in *Rev. trim. de droit civ.*, 1966, p. 7, 23. Del tutto superfluo notare che, a prenderlo invece genericamente, il termine famiglia presenta un significato giuridico quanto mai « relativo »: v. JEMOLO, *I concetti giuridici*, ora in *Pagine sparse di diritto e sto-*

e giuristi d'ogni paese ⁽⁴⁸⁾. Del resto l'evoluzione compiutasi sul terreno dell'istituto familiare non rappresenta che il naturale riflesso di un nuovo assetto economico-sociale, quale è quello uscito

riografia, Milano, 1957, p. 100 s.; da ultimo LINDON, *La « famille-accordéon »*, in *Sem. jurid.*, 1965, I, 1965.

(48) Cfr., nel volume collettaneo di ANSHEN, *La famiglia*, cit., le indagini di R. LINTON (p. 34 ss., specie p. 39 e 46-47) e di T. PARSONS (p. 216-221, che — p. 241-242 — tenta anche una sommaria valutazione del fenomeno rilevato). Una ricca indicazione dei recenti contributi sociologici sul tema della famiglia è in GERNHUBER, *op. cit.*, p. 1, e in DÖLLE, *op. cit.*, p. 16-17. Dölle ricorda anche (a p. 18, nota 2) la « legge di contrazione » (dal *Clanordnung* dei tempi primitivi sino all'odierna « piccola famiglia ») già enunciata, a proposito dell'evoluzione della famiglia, da E. Durkheim (su cui cfr. altresì, per una pertinente precisazione, KÖNIG, voce *Famiglia*, in *Sociologia*, cit., p. 140, 145). Pure di M. WEBER può essere interessante leggere, in *Economia e società*, I, trad. it., Milano, 1961, le p. 382 ss. (che si inquadrano nell'ampio esame storico iniziato a p. 359). V. inoltre, per cenni generali, GURVITCH, *Sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1957, p. 352. E da noi, di recente, PALAZZO, *Su alcune trasformazioni della struttura familiare*, cit., in particolare p. 843 ss., 850.

Va se mai segnalato che le moderne ricerche sociologiche tendono a ridurre ulteriormente l'ambito del reale nucleo familiare (*nuclear family*), sino a comprendervi, cioè, solo i genitori e i figli minori con essi conviventi (ed eventualmente altre persone che convivano nel nucleo medesimo). La considerazione di questo più ridotto punto di riferimento affiora da ultimo nella legislazione concernente la riserva ereditaria di qualche Paese socialista, spesso integrata dalla considerazione dell'elemento dell'incapacità al lavoro, o dello stato di bisogno. V. del resto, per un (seppure soltanto in parte) analogo orientamento, l'art. 2122 c. civ. (regolante l'attribuzione delle indennità dovute dal datore di lavoro in caso di morte del lavoratore).

Per quanto attiene poi all'ultimo elemento richiamato, intravede nella comparazione i segni di una tendenza al superamento della contrapposizione tra il principio di conservazione dei beni nella famiglia e quello della libertà di testare, precisamente a favore del punto di vista dello stato di bisogno delle persone legate al *de cuius* (e della necessità di assicurare ad esse i mezzi di sostentamento), SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, II, 2ª ed., Basel, 1961, p. 577 (con particolare riguardo al diritto inglese e russo).

dalla « rivoluzione » tecnologica e industriale e dal rapido fenomeno di urbanizzazione che hanno contraddistinto la civiltà contemporanea ⁽⁴⁹⁾. Né — ed è significativo notarlo — questo intimo mutamento del concetto di « famiglia » è rimasto senza traccia nelle moderne carte costituzionali ⁽⁵⁰⁾: così da noi la Costituzione, secondo l'interpretazione che la dottrina più sensibile ha dato agli art. 29, comma 1 e 30, comma 3, consacra precisamente e soltanto la tutela del ristretto nucleo familiare, composto dai genitori e dai figli ⁽⁵¹⁾.

(49) V. DÖLLE, *op. cit.*, p. 19; FRIEDMANN, *Law in a changing society*, London, 1959, p. 207; KÖNIG, *op. cit.*, p. 145-146; R. LINTON, *La storia naturale*, cit., p. 47-49; T. PARSONS, *La struttura*, cit., p. 218 ss.; VIALLETON, *op. cit.*, p. 581 s.; e CORRADO, *Il contratto di lavoro, Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962, p. 285; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*², I, cit., p. 691, 705. Adde CERRONI, *op. cit.*, p. 14 ss., 25 ss.

(50) Lo si vede, ad esempio, anche in Germania, ove difatti — sulla base del significato attribuito al termine « famiglia » impiegato nell'art. 6, comma 1, G. G. — si indica nella sola *Klein-familie* il punto di riferimento della tutela costituzionale: E. SCHEFFLER, *Ehe und Familie*, in BETTERMANN, NIPPERDEY e SCHEUNER, *Die Grundrechte*, IV, 1, Berlin, 1960, p. 251-252; VON MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, I, 2^a ed., Berlin-Frankfurt a. M., 1957, p. 267-268; e, tra i civilisti, GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 30; BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 147.

(51) BIANCA, voce *Famiglia (diritti di)*, cit., p. 73, e nota 6; ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, cit., p. 559-560, in nota 7; GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 752; NICOLÒ, *La filiazione illegittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1960, p. 10; conforme, da ultimo, BIANCHI D'ESPINOSA, *La tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio, principi di diritto costituzionale*, in *Riv. dir. matr.*, 1965, p. 55; e sostanzialmente RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, *ibidem*, pag. 39. L'importanza pratica dell'accennata interpretazione sta in ciò, che essa permette di restringere alla sola considerazione del coniuge e dei figli legittimi il richiamo alla « famiglia legittima », che nel terzo comma dell'art. 30 Cost. funge da limite al principio di tutela dei figli nati fuori del matrimonio (*contra*, e sembra quindi su posizioni ingiustificatamente con-

I fattori indicati persuadono dunque che fuori dalla sfera ora circoscritta parlare di « famiglia » come istituzione d'importanza sociale non è oggi, sociologicamente e giuridicamente, più corretto ⁽⁵²⁾.

Ma è per altro verso lampante che, se l'interesse dell'organismo appena individuato può considerarsi, entro i limiti e con i chiarimenti già indicati, il punto di riferimento delle norme sulla « legittima » ⁽⁵³⁾, certo esso non costituisce invece quello

servatrici, ma in realtà con specifico riferimento alla sola ipotesi di cui agli artt. 467 e 577 c. civ., la sentenza della Corte Costituzionale, 6 luglio 1960, n. 54, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 730 ss., e in *Foro it.*, 1960, I, c. 1068). V. anche, in generale, MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione*, cit., p. 126, 129, 131 (e peraltro p. 133, nota 74).

⁽⁵²⁾ Non sposta minimamente i termini della conclusione il tentativo di rivalutare l'importanza della « famiglia in senso ampio », da taluno compiuto (DE PADOVA, *La famiglia nel diritto svizzero e nel diritto italiano*, Milano, 1955, p. 13 ss., 88, 128 s., alla cui tesi annette sorprendentemente valore la AMATO VINCENZI, *Aspetti di diritto familiare nei principali Stati dell'Europa continentale*, in *Famiglia e società nell'analisi marxista*, cit., p. 131-132, che però nel prosieguo non ne dimostra affatto l'asserita utilità) riprendendo — ma qui pare senza scelta felice — la distinzione tra interessi collettivi « di gruppo » e interessi collettivi di « serie » (la distinzione è di N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, 1943, p. 10 s., e *Lezioni di diritto svizzero*, 2ª ed., Milano, 1951, p. 6 ss.; v. ora, per una utilizzazione ad altro proposito, P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 10-11).

⁽⁵³⁾ Ed appare sintomatico che all'ambito naturale di detto organismo corrisponda, in linea di massima, anche il nucleo fondamentale dei soggetti tra cui intercorre il rapporto alimentare: seppure da noi (e al contrario di quanto avviene, ad es., per i codici francese, tedesco ed austriaco) con la particolarità derivante dall'inserimento, nella cerchia delle persone tenute all'obbligo alimentare (però in ultimo grado, e con il limite di cui all'art. 439 c. civ.) anche dei fratelli. Meno significativa, sotto il profilo considerato, risulta l'aggiunta degli affini (il rapporto donante-donatario fa poi specie a sé), la quale è giustificata dall'esigenza, socialmente sentita in rapporto alla comunanza spirituale doverosa tra coniugi, di rendere giuridicamente rilevanti le relazioni inter-familiari in costanza di matrimonio:

delle norme governanti la vocazione intestata ⁽⁵⁴⁾. Quindi in queste ultime non è dato di cogliere una destinazione alla protezione della famiglia ⁽⁵⁵⁾, particolarmente ove essa venga intesa quale « istituto d'interesse superiore » ⁽⁵⁶⁾: e a meno di cadere nella

gli affini sono invece esclusi dalla successione perché la rilevanza di diritto patrimoniale dell'affinità si reputa cessare con la morte del coniuge da cui l'affinità deriva (cfr. anche — almeno in parte — l'art. 434 c.civ., per gli alimenti; e, in dottrina, SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 595, in polemica con POLACCO, *Delle successioni*², I, cit., p. 137). Si noti ad ogni modo che, se davvero esistesse un interesse superiore alla tutela patrimoniale dei membri di una « comunità familiare » concepita come estendentesi sino al sesto grado di parentela, di tale interesse l'ordinamento dovrebbe in primo luogo tener conto proprio in sede di disciplina del rapporto alimentare.

Val infine la pena di ricordare come anche nella elaborazione del fondamento del diritto alimentare familiare non abbia mancato d'affacciarsi l'idea della « tutela dell'interesse superiore della famiglia » (CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 194, e *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 167 ss.); ma simile concezione sia stata disattesa dalla prevalente dottrina, che ravvisa invece l'oggetto della tutela legale nell'interesse individuale del titolare del diritto agli alimenti: così G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 2^a ed., Torino, 1958, p. 387-388; e già, ampiamente, Bo, *Il diritto degli alimenti*, Padova, 1932, p. 41 ss., specie 52 ss. Sul tema offre spunti di qualche interesse, per diritto francese, il recente volume di PELISSIER, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Paris, 1955, p. 5 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. anche, sotto l'aspetto costituzionale, MAJELLO, *op. cit.*, p. 123 (e p. 121).

⁽⁵⁵⁾ Energicamente BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 135-136, e *Einleitung*, cit., p. 27, che non accetta la pur sfumata impostazione di RADBRUCH (vedila nella trad. it. dell'*Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 188).

⁽⁵⁶⁾ Orientamento che potrebbe rivelarsi oltre tutto ideologicamente pericoloso, nella misura in cui generasse inopportune resistenze alla moderna tendenza — accolta dalle più recenti codificazioni anche occidentali (v., ad esempio, il nuovo codice greco, in conformità del resto al codice austriaco) — di ridurre maggiormente l'ordine parentale dei successibili *ex lege*, a favore dello Stato (o di enti locali, di organizzazioni assisten-

sconcertante inversione concettuale, di allacciare siffatto istituto ad una piú ampia nozione di famiglia costruita appunto e quasi esclusivamente in funzione del riconoscimento legale del diritto successorio *ab intestato* ⁽⁵⁷⁾.

D'altra parte ben poco realistico sembra vedere nel sistema legale delle designazioni *ab intestato* la tutela di un interesse « superiore », laddove per i membri della vera famiglia la stessa legge traccia chiaramente, mediante le norme sulla c. d. successione necessaria, i limiti entro cui intende assumere il loro interesse ereditario al livello d'ordine pubblico; e nelle restanti ipotesi spesso ci si trova, in realtà, di fronte ad un interesse di cui risultano portatori soggetti che per lontananza di parentela non appaiono uniti da veri legami di solidarietà, e talora sono addirittura sconosciuti al *de cuius*: cioè dei membri di una « comunità di sangue » ormai socialmente affatto priva di rilevanza ⁽⁵⁸⁾.

ziali, ecc.). Cfr. per una giustificazione di questa tendenza, un notevole approfondimento del problema, ed un ampio quadro comparatistico, BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 30-54.

⁽⁵⁷⁾ È infatti essenzialmente con riguardo a tale riconoscimento che viene ancora ascritto valore giuridico al concetto della « grande famiglia »: PLANITZ, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3ª ed., Berlin, 1949, p. 183; RADBRUCH, *op. loc. cit.*; e cfr. ROUAST, *La famille*², cit., p. 1. Ma vedi, H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*², I, cit., p. 686, che risolvono decisamente l'alternativa, affacciata in sede di definizione della famiglia, a sfavore del « criterio successorale »; nonché DÖLLE, *Familienrecht*, cit., p. 3. Mentre poco seguita, e per nulla pregevole, appare l'impostazione di SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales*², cit., specie p. 118-120, e 126, a proposito del *lignage*.

⁽⁵⁸⁾ Penetrante, al riguardo, soprattutto JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali dell'Univ. di Catania*, III, 1949, p. 40-41. V., inoltre, BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 27; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 4ª ed., Milano-Varese, 1960, p. 594; LEBFEBVRE, *La famille en France*, cit., p. 270-271; H., L. e J. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 686; VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire*, cit., p. 581, 586-587. D'altronde LE BRETON, *La fin de la fente successorale*, cit., p. 495, rileva a ragione come, in Francia, i colla-

Resta per vero l'interrogativo, circa quale ragione operi come spinta determinante l'ordinamento ad intervenire con proprie regole in materia di vocazione ereditaria. Ma tale interrogativo può venir pianamente superato, una volta chiarita la distinzione tra l'« interesse pubblico generico » (necessità di permanenza dei rapporti giuridici attivi e passivi) che sta alla base di tutto l'istituto della successione per causa di morte (ma assume rilevanza primaria ed assorbente nella vocazione legittima in senso stretto) e l'interesse « specifico » del chiamato (che nel caso della vocazione *ab intestato* pare rilevante solo mediamente e di riflesso) ⁽⁵⁹⁾.

Simile messa a punto agevola la conclusione che le norme contenenti le designazioni successorie legittime non prendono in considerazione un interesse della famiglia come organismo sociale, ma piuttosto, in linea subordinata e strumentale rispetto all'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici, e per il fine di soddisfare detto interesse, meri interessi individuali e privati (all'acquisto patrimoniale) facenti capo ai singoli chiamati.

17. — L'osservazione appena fatta, circa i due tipi di interesse che assumono rilievo nella vocazione legittima, richiama tuttavia ad un altro breve chiarimento. Se infatti l'esclusione dell'incidenza in materia di un « interesse familiare » rettamente inteso apre decisamente la strada all'illazione che nelle designazioni *ab intestato* non sia in questione la tutela di un interesse di carattere superiore, vero è nondimeno che la tentazione di accogliere un diverso ordine di idee è in dottrina rafforzata anche da un secondo fattore: la visuale postulante come ammissibile l'incontro in una stessa specie di norma (chiamata « dispositiva »,

terali siano « dimenticati al punto che il fisco li può trattare come estranei per il calcolo delle imposte sui trasferimenti a causa di morte »: il che non è men vero per diritto italiano (cfr. articolo 7 D.L. 8 marzo 1945, n. 90; art. 2 L. 12 maggio 1949, n. 206; e, segnatamente riguardo ai collaterali oltre il terzo grado, la tabella allegata alla legge ult. cit.).

⁽⁵⁹⁾ ALLARA, *Successione familiare suppletiva*, cit., p. 91.

per distinguerla da quella meramente « suppletiva ») del duplice carattere della « derogabilità » e della destinazione alla tutela di un interesse pubblico o superiore ⁽⁶⁰⁾. Sicché appare conveniente togliere, al dogma della preminenza della successione legittima, pure quest'ultimo e fittizio punto d'appoggio ⁽⁶¹⁾.

Si viene così a toccare un aspetto delicato del tema concernente la classificazione delle norme giuridiche sotto il profilo del rapporto tra norma e autonomia negoziale ⁽⁶²⁾. Per quella larga

(⁶⁰) FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*⁷, I, cit., p. 86; Id., *Introduzione*, cit., p. XXIII ss.; Id., *Diritto ereditario*³, I, cit., p. 4. La distinzione è altresì accolta, in teoria generale, da BETTI, *Autonomia privata e competenza della « lex loci actus » nelle obbligazioni civili e commerciali*, in *Riv. dir. internaz.*, 1930, p. 19-20; MESSINEO, *Manuale*⁹, I, cit., p. 48; PERGOLESI, *Sistema delle fonti normative*, 3^a ed., Bologna, 1949, p. 18 s.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, cit., p. 40 (non ancora in *Istituzioni di diritto civile*, 2^a ed., I, Milano, 1935, p. 46 ss.); RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, 9^a ed., Padova, 1938, p. 21; trovasi inoltre esposta, sia pure in termini generici, da ESPOSITO, voce *Norma giuridica*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 1052; nonché (con formula dubitativa) in BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 12-13, e TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 14^a ed., Padova, 1964, p. 32.

(⁶¹) Sostengono, in stretta connessione con l'accennata dicotomia, la natura « dispositiva » e non « suppletiva » delle norme sulla successione legittima: M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 245 ss.; BETTI, *op. cit.*, p. 20; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 26 s.; CICU, *Le successioni*, cit., p. 29; L. COVIELLO jun, *Lezioni*, cit., p. 220; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 2; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 13 (con posizione più distaccata rispetto a *La divisione testamentaria*, cit., p. 77); MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 67; SANTORO PASSARELLI, *Appunti*, cit., p. 607, e *Vocazione legale*, cit., p. 199; già FILOMUSI GUELF, *opere loc. ult. cit. Contra BARBERO, Sistema*⁸, II, cit., p. 1019, e *Le norme complete (una nuova distinzione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, p. 526 ss.; BRANCA, *op. cit.*, p. 710; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 28, nota 1; mentre mostra di non accettare la distinzione, pur seguendo la teoria della prevalenza della successione legittima, GRASSETTI, *Delle successioni legittime*, cit., p. 333, nota 2.

(⁶²) Sul tema è ancora stimato classico il lavoro di EHRLICH, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B.*, Jena, 1899, che peraltro, nella

corrente della nostra letteratura, che proprio prendendo le mosse dall'esame della successione legittima ha proposto l'introduzione in seno alle cosiddette norme « derogabili » ⁽⁶³⁾, dell'ulteriore suddivisione tra norme « dispositive » e norme semplicemente « suppletive », esisterebbe al riguardo una precisa e praticamente assai rilevante ragione di differenziazione. Le norme dispositive sarebbero sempre ispirate a fini di utilità generale, pur se eventualmente e per particolari esigenze derogabili dalla volontà dei privati; mentre le norme suppletive sarebbero poste per l'esclusiva utilità del singolo, facoltizzato a disciplinare in via normale il rapporto, ed unicamente destinate a supplire o integrare una sua eventualmente manchevole dichiarazione, cooperando quindi al conseguimento del fine individuale. Nelle seconde la volontà privata si presenterebbe come l'antecedente e la pubblica il susseguente; invece nelle prime la disciplina legale si presenterebbe come regola, l'eventuale disposizione privata come eccezione. Con

problematica, sembra ormai denunciare chiari difetti di modernità (anche la tesi di fondo dell'E., circa i limiti della distinzione tra norme derogabili ed inderogabili, è stata spesso criticata: *contra* v., ad. es., FRÖHLICH, *Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht*, Aarau, 1922, p. 62 ss.).

⁽⁶³⁾ Naturalmente le espressioni « derogabilità » e « inderogabilità » sono usate in senso generico, da tempo essendo stato precisato (v., ad es., BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, II, Roma, 1940, p. 102 s.; BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 64, 1881, p. 72 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, parte generale*, 4ª ed., Milano, 1929, p. 13; DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, 1950, p. 50; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 8ª ed., Milano, 1952, p. 233; EHRlich, *op. cit.*, p. 8; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 69; GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, cit., p. 90 ss.) che parlare di « derogabilità » (o, come anche si è detto, « facoltatività ») di una norma è improprio, giacché tutte le norme sono sempre (in senso lato) « obbligatorie »: trattasi piuttosto di un particolare modo di determinazione dell'ipotesi normativa da parte del legislatore (esattamente, così, già BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg-Leipzig, 1894, p. 139, in nota).

la pratica conseguenza che, diversamente da quanto vale per le norme suppletive, alla disciplina legale « dispositiva » (e così, per esempio, alla successione legittima) dovrebbe darsi preferenza in linea di principio, e fin dove possibile, rispetto al divergente regolamento privato.

Altrove l'enunciata contrapposizione non trova seguito ⁽⁶⁴⁾. Piuttosto ci si limita a dar valore alla tradizionale bipartizione fra norme c. d. « d'ordine pubblico » e norme « derogabili » ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Mentre per esplicite critiche v., da noi, DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, 6^a ed., Messina, s.d. (ma 1931), p. 57, nota 1; BARBERO, *Sistema*⁶, I, cit., p. 62-63, e *Le norme complete*, cit., p. 530 ss.; FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 7, nota 4. Un tentativo di spiegazione storica, ma svolto alla luce di una originale impostazione dei termini della bipartizione (che porta tra l'altro ad una inversione della comune terminologia), è in Silvio ROMANO, *La distinzione tra ius publicum e ius privatum nella giurisprudenza romana*, in *Studi in on. di Santi Romano*, IV, Padova, 1940, p. 170; sul problema storico vedi, da ultimo, qualche cenno anche in MÜLLEJANS, *Publicus und Privatus im röm. Recht und im ält. kan. Recht*, München, 1961, p. 24 ss.

Da notare che a torto si richiama frequentemente, come anticipatore della tesi distintiva criticata, l'HÖLDER, *Pandekten*, Freiburg, 1891, p. 66-67, il quale invece riconosceva che il « diritto sussidiario » non « integrativo » (della attività negoziale), pur servendo « altri interessi che quelli del legittimato alla regolamentazione privata », mostra nondimeno di dar specifica preferenza, nella sua valutazione, all'interesse di quest'ultimo (così anche nella normativa sulla successione intestata).

⁽⁶⁵⁾ Così, d'ordinario, la dottrina di lingua francese: v., ad esempio, R. BEUDANT e LEREBOURS-PIGONNIÈRE, *Cours de dr. civ. français de Ch. Beudant*², cit., I, p. 190 ss.; ROGUIN, *La règle de droit*, Lausanne, 1889, p. 182 ss.; e più recentemente (adottando la diversa terminologia di norme « imperative » e norme « suppletive »), H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*², I, cit., p. 98. Ancora in RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁵, I, Paris, 1950, p. 92 (pur censurandosi le tradizionali denominazioni), e similmente in BAUDRY-LACANTINERIE, *Precis de droit civil*¹², I, cit., p. 52, come pure in DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel-Paris, 1948, p. 48, si tende a concepire le seconde come aventi sempre va-

O, con maggiore analicità, a distinguere — non trascurando peraltro di notarne l'ordinaria reciproca interdipendenza ⁽⁶⁶⁾ — da un lato le norme attributive di efficacia giuridica all'attività negoziale privata ⁽⁶⁷⁾, dall'altro le norme « suppletive » (o « integrative », o « dispositive »), fra le quali si annoverano appunto le regole della successione legittima ⁽⁶⁸⁾: mostrandosi consapevolezza del significato prevalentemente descrittivo di eventuali ulteriori classificazioni all'interno di tale categoria ⁽⁶⁹⁾.

In effetti, ad un'antitesi posta nei termini surriferiti manca

lore « interpretativo » della volontà privata: posizione giustamente criticata da DECOTTIGNIES, *Les présomptions*, cit., p. 50-51 (ed anche dallo svizzero FRÖHLICH, *op. cit.*, p. 45-47); mentre distingue ora chiaramente le norme dispositive (in senso ampio) da quelle interpretative JULIOT DE LA MORANDIÈRE, nel *Traité de droit civil* di Colin e Capitant, I, cit., p. 34.

⁽⁶⁶⁾ FRÖHLICH, *op. cit.*, p. 87 ss.; NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2ª ed., Einsiedeln-Zürich-Köln, 1948, p. 117.

⁽⁶⁷⁾ Che alcuni hanno definite « dispositive » (BÜLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht*, cit., p. 71 ss.) ed altri, più propriamente, « autorizzative » (*ermächtigende*) (EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 69, 1886, p. 329; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 128 s.); questa è ormai la denominazione comune: v. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, I, in ENNECCERUS - KIPP - WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 15ª ed., Tübingen, 1959, p. 299.

⁽⁶⁸⁾ NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* ¹⁵, I, cit., p. 301, nota 8 (e v. p. 302).

⁽⁶⁹⁾ V. NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 302.

La dottrina tedesca propende semmai a sottolineare i caratteri differenziali dell'indicata categoria di norme, rispetto a quella delle norme meramente « interpretative » (dell'atto negoziale): v. però anche *infra*, nota 76; e intanto, sebbene con qualche diversità, EHRLICH, *op. cit.*, p. 41 ss.; NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 299 ss.; SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen*, in *Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, III, Berlin-Leipzig, 1929, p. 361 ss.; STAMMLER, *Der Garantievertrag*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 69, 1886, p. 13 ss., 29, e *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897, p. 55 ss.; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutsch. bürgerl. Rechts*, I, Leipzig, 1910, p. 26-27.

giustificazione: e forse le sue principali deficienze sono già sufficientemente precisate, ove se ne sottolinei la genericità ed evanescenza da un lato ⁽⁷⁰⁾, la carenza di concreto rilievo normativo dall'altro ⁽⁷¹⁾.

Però può mettere conto di aggiungere che la distinzione si rivela poco persuasiva anche ad accettare di porsi sul piano puramente concettuale-classificatorio. Qui sembra affiorare un difetto di analisi; ad un'attenta indagine sul materiale sperimentale offerto dalla realtà giuridica, non può infatti sfuggire come i moduli di atteggiamento legislativo concretamente possibili in rapporto al tipo di interesse normativamente tutelato siano ben più vari, rispetto alla configurazione emergente dalla prospettiva esaminata. Fermiamoci al solo campo della dinamica del rapporto giuridico ⁽⁷²⁾: ed anche al solo fenomeno della « produzione di una vicenda » di rapporto giuridico, che è quanto qui per il mo-

⁽⁷⁰⁾ DE RUGGIERO, *Istituzioni* ⁶, I, cit., p. 57, nota 1.

⁽⁷¹⁾ Non sarebbe infatti fruttuoso il tentativo di rinvenire una differenza di trattamento, fra regole dispositive e suppletive, né sul piano dell'interpretazione delle regole stesse (così, invece, RAVÀ, *Istituzioni* ⁹, cit., p. 21); né su quello dell'interpretazione negoziale (la questione, che al riguardo è dato di prospettare, è infatti suscettibile di venir considerata in termini più generali, ossia in relazione ad ogni possibile ipotesi di concorso tra una norma « derogabile » ed una disposizione negoziale ambigua o equivoca).

Nemmeno la distinzione assume poi rilievo come distinzione (CESARINI SFORZA, *Corso di filosofia del diritto*, p. 57, cit. da CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 26, nota 14) tra norme che trovano applicazione salvo deroga privata e norme che trovano applicazione in mancanza di volontà privata (contro la conseguenza, che su queste basi potrebbe asseverarsi in materia testamentaria, v. *infra*, n. 20).

⁽⁷²⁾ L'« inderogabilità » della norma di legge può anche incidere quanto al semplice regolamento di un rapporto giuridico, riguardato sul piano statico (per una distinzione tra disposizioni cogenti e derogabili da questo punto di vista, cfr. ad es. l'art. 957 c. civ., sul regolamento del rapporto di enfiteusi): appare chiaro, tuttavia, che al proposito non è possibile delineare una rigida separazione.

mento interessa ⁽⁷³⁾. In realtà, pure entro questo limitato ambito l'usuale binomio norma « derogabile » - norma « cogente » risulta idoneo a diversamente qualificare la portata dell'intervento « positivo » dell'ordinamento giuridico in relazione ad almeno due differenti lati del fenomeno regolato ⁽⁷⁴⁾: il verificarsi medesimo (in astratto) di una vicenda, o il particolare contenuto concreto della (eventuale) vicenda. L'interesse « pubblico » — che peraltro giustifica teleologicamente un intervento normativo in forma « cogente » ⁽⁷⁵⁾ — al riguardo può in altre parole: a) sussistere sia quanto all'esistenza (produzione) che quanto al contenuto concreto della vicenda; b) non sussistere sotto alcuno dei due indicati profili; c) sussistere solo quanto al contenuto concreto della vicenda; d) sussistere solo quanto all'esistenza (produzione) della vicenda (nel senso che l'intervento legale esprima necessità del prodursi della vicenda, ma indifferenza quanto allo specifico contenuto della stessa, sicché questo si presenti come determinabile in primo luogo dalla volontà privata, e solo in via sussidiaria fissato dalla legge) ⁽⁷⁶⁾. Ora, non v'è dubbio che ad

⁽⁷³⁾ Sul binomio, con riguardo ai presupposti e requisiti del negozio cui l'effetto è ricollegato, v. invece, ad es., MESSINBO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 811 s.

⁽⁷⁴⁾ Si è volutamente accennato alla sola considerazione dell'intervento « positivo » dell'ordinamento, poiché la cogenza della norma può notoriamente anche assumere, di contro, un contenuto per così dire « negativo », come avviene per i precetti legali che limitano l'autonomia negoziale ponendo restrizioni alla libera producibilità dell'« effetto » sotto il profilo qualitativo e quantitativo (ciò, ad es., avviene nella nostra materia per la « legittima »): cfr. NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 303.

⁽⁷⁵⁾ V., per l'individuazione di due diversi tipi di « situazioni d'interesse » idonee a spingere il legislatore all'intervento in forma cogente, NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 913-914.

⁽⁷⁶⁾ Superfluo precisare che la prospettata classificazione non ha pretese di completezza, data la varietà delle particolari situazioni ipotizzabili. Accanto alle norme « suppletive » (o, se si vuole, dispositive) del tipo sopra definito *sub d)* — presupposto: mancanza di un regolamento

esempio le norme sulla successione legittima s'inquadrino precisamente nell'ultima situazione d'interessi ipotizzata: semmai si fa da questo punto di vista rispetto ad esse ancor più palese

negoziale — vanno ad ogni modo quanto meno aggiunte le cosiddette norme « integrative » (di una attività negoziale solo in parte manchevole): v., per tutti, da noi, ALLARA, *Principi*, cit., p. 181 ss. (in ordine al testamento); BARBERO, *Le norme complete*, cit., p. 526-529, che tende in materia a differenziare in base al concetto che nelle seconde, al contrario delle prime, si ha attribuzione di « rilevanza negoziale » agli effetti disposti.

Secondo l'opinione tradizionale, sopra un piano molto diverso si pongono invece le c. d. norme « interpretative » (della dichiarazione negoziale equivoca). La distinzione tra norme integrative e interpretative è stata peraltro talora negata: DANZ, *Die Auslegung*, cit., specie p. 108 ss. (sulla stessa linea, nella nostra dottrina, SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s. d., ma 1947, p. 156 s.); oppure ridotta ad un significato puramente quantitativo: ad es. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 197 ss.; SCHREIER, *Die Interpretation*, cit., p. 83. Una polemica continua inoltre ad investire, insieme all'ammissibilità stessa della categoria, la collocazione dommatica e la funzione pratica delle norme di c. d. « interpretazione integrativa » (cfr., da noi, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 301; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, p. 18 ss.; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, p. 1 ss., 159 ss.; v. anche TRABUCCHI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 703, e, dubitativamente, ALLARA, *Principi*, cit. p. 182 ss.; *contra* SACCO, *op. cit.*, p. 154). Può essere interessante leggere, per una visione dei più moderni aspetti del problema (e, in particolare, sul rapporto tra c. d. « interpretazione integrativa » e norme dispositive in caso di loro concorso), il recente scritto di HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 159, 1960-61, p. 106 ss., e la risposta di LARENZ, *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *N. Jurist. Wochenschrift*, 1963, p. 737 ss. (per un'ampia casistica di giurisprudenza tedesca COING, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, I, *Allgemeiner Teil*, cit., sub § 133, p. 754-757: occorre tener conto dell'ormai nota diversità tra l'impiego dell'accennata terminologia in dottrina germanica e nella prevalente dottrina italiana). Circa la ragione del distinguere tra norme integrative e norme interpretative (soprattutto con riguardo ai negozi formali), v. poi EHRLICH, *op. cit.*, p. 262; FALZEA, *op. cit.*, p. 68,

quell'incongruenza di una qualificazione in termini di « derogabilità », che ha infatti legittimato perplessità circa la stessa correttezza del loro abituale inserimento in tale sottospecie ⁽⁷⁷⁾.

D'altro canto la teoria che distingue da quelle suppletive le norme dispositive (pretendendole contemporaneamente fondate su di un interesse superiore e « sacrificabile ») denota una contraddizione in termini già perché alla base di un regolamento di diritto privato sembra possa pensarsi presente l'effettiva specifica rilevanza di un interesse « pubblico » solo allorquando e nella misura in cui, mediante la « inderogabilità » della norma, ne sia assicurato il reale prevalere sugli eventualmente contrastanti interessi privati ⁽⁷⁸⁾.

Nell'individuazione del fondamento della vocazione intestata occorre in definitiva distinguere ⁽⁷⁹⁾ l'interesse pubblico « generico », che un fenomeno successorio comunque si produca alla morte dell'individuo ⁽⁸⁰⁾, dall'interesse pubblico concernente la

nota 9; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1, Roma, 1921, p. 62; NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 301, nota 8; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 123; VON TUHR, *Der allgemeine Teil*, I, cit., p. 27; anche BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 193). Sul rapporto tra norme interpretative e norme suppletive, con specifico riferimento alla materia testamentaria, cfr. infine RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit. p. 84 ss.

⁽⁷⁷⁾ Silvio ROMANO, *La distinzione*, cit., p. 170-171. V. altresì PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 395.

⁽⁷⁸⁾ Per un limpido inquadramento del rapporto tra rilevanza dell'interesse « pubblico » e natura cogente della norma di diritto privato, v. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, cit., p. 738 ss., specie p. 743-744; e B. DONATI, *Fondazione della scienza del diritto*, Padova, 1929, p. 175 ss.; NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 913-914.

⁽⁷⁹⁾ Ed è in questi termini che sembra vada risolta l'antitesi tra le impostazioni del PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 392, e del SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 198, nota 22.

⁽⁸⁰⁾ Dal che l'inderogabile necessità del fenomeno e l'impossibilità, per i privati, di escluderlo in alcun modo: v., al proposito, le considerazioni di CICU, già in *La nozione di erede*, cit., p. 164, e ora in *Succes-*

concreta designazione, che invece non esiste, come prova l'assoluta « derogabilità » delle disposizioni in questione ⁽⁸¹⁾. Le quali, se perseguono una finalità d'ordine superiore, è in verità proprio e soltanto quella di supplire alla mancanza di vocazione testamentaria, per adempiere all'esigenza d'ordine generale, che sempre sia dopo la morte provveduto ad una sostituzione nella titolarità delle situazioni giuridiche che facevano capo al defunto ⁽⁸²⁾. Mentre, se fanno riferimento ai parenti, ciò non avviene affatto perché tali designazioni siano di interesse superiore, ma per l'ovvia ragione che, dovendosi in ogni caso risolvere il problema riguardante l'attribuzione a viventi del patrimonio del soggetto estinto in carenza di privata designazione, questi sono contingentemente sembrati, in sede di politica legislativa, i criteri preferibili ⁽⁸³⁾.

*sioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 23 (ove si pongono in rilievo i tre aspetti di questa esigenza di continuità, concernenti i diritti, gli obblighi, il possesso).

⁽⁸¹⁾ Si noti che considerazioni simili a quelle sinora fatte potrebbero valere riguardo all'art. 31 c. civ., il quale regola la devoluzione dei beni in caso di estinzione della persona giuridica (prevedendo la devoluzione degli stessi, in mancanza di disposizione privata, ad « enti che hanno fini analoghi »); anche in questo caso sarebbe evidentemente fuori luogo valutare la norma di legge come posta a tutela di un interesse superiore, facente capo agli enti indicati (quanto alla costruzione della norma, v. L. COVIELLO jun., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 817 ss., che nega possa in essa ravvisarsi un fenomeno di « successione ad un soggetto estinto », affine a quello della successione *mortis causa*).

⁽⁸²⁾ Benché con argomentazione parzialmente diversa, a conclusioni sostanzialmente analoghe era pervenuto BARBERO, nello studio *Le norme complete*, cit., p. 526 ss. Il B. proponeva l'introduzione di una nuova categoria, le norme « complete », appunto per dare un inquadramento sistematico alle norme sulla vocazione intestata: ma questa nuova terminologia non appare, in confronto a quella tradizionale, particolarmente felice.

⁽⁸³⁾ Della completa aderenza della scelta legislativa alle moderne

Vero è, che ci si potrebbe ancora domandare perchè proprio ai parenti, e non ad altri, la legge devolva l'eredità. Sullo sfondo della concezione dominante è agevolmente intuibile la convinzione che, in ogni modo, tale scelta legislativa risponda a criteri di obbiettiva utilità sociale. Sarebbe alla stregua di siffatti criteri di ordine superiore che la legge predisporrebbe il suo « piano » della successione: ad esso, quindi, sarebbe logico riconoscere una preminenza di « ragione » rispetto alle private determinazioni, suscettibili di venir ispirate da meri, anzi talora gretti ed egoistici interessi individuali. Sennonché, in aggiunta a quanto già detto, un'osservazione si rivela su questo punto assorbente e decisiva. Che cioè il nostro ordinamento, nello stabilire le vocazioni successorie legali, lungi dal tener conto d'interessi oggettivamente meritevoli di tutela sotto il profilo di superiori finalità pubbliche e sociali, in realtà mostra di riportarsi semplicemente al normale « mondo degli affetti » del *de cuius*. In altre parole, l'assegnazione dei beni non appare disciplinata in base a criteri di pubblica utilità (giacché altrimenti ben diversa potrebbe risultare la scelta: si pensi, per esempio, all'eventualità di una devoluzione ad enti di assistenza, istruzione, ecc.) bensì con riferimento al « centro » di affetti del defunto, per quanto sulla scorta di una valutazione tipica, improntata ad un giudizio di normalità ⁽⁸⁴⁾. Non occorre tornare alla vieta finzione della volontà presunta, per riconoscere che — nella realtà del sistema — ci si trova qui di fronte alla considerazione normativa d'interessi pret-

necessità si può, d'altronde, dubitare: v., per tutti, le già segnalate pagine di BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 30 ss. Parla, al proposito, di meri « criteri di razionalità » BARBERO, *Sistema*⁶, II, cit., p. 1101-1102.

(84) È significativo ricordare la procedura adottata al riguardo in Gran Bretagna, ove il nuovo ordinamento della successione intestata (*Administration of Estates Act* del 1925) fu elaborato sulla base di una inchiesta statistica, diretta ad accertare la tendenza della maggioranza dei testatori (cfr. SARFATTI, *op. cit.*, in *Arch. giur.*, 151, 1956, p. 93, nota 5).

tamente individuali, e selezionati in forza di criteri che obbediscono ad una precisa logica individualista ⁽⁸⁵⁾.

18. — L'indagine sinora svolta ha permesso di smentire l'idea che la normativa sulla successione intestata abbia uno specifico fondamento d'ordine superiore, e di far così cadere il presupposto razionale onde si attribuisce alla vocazione legittima una funzione primaria, nonché una prevalenza « di valore » rispetto al testamento.

Nel richiamo ad alcuni particolari dati del sistema, ai lavori preparatori, all'orientamento giurisprudenziale, l'esame critico rinviene la possibilità di significative controprove.

Intanto nel sistema esistono disposizioni estremamente sintomatiche quanto ad un residuo tendenziale favore con cui il legislatore ancor oggi considera, perlomeno sotto certi aspetti, la regolamentazione della successione per testamento ⁽⁸⁶⁾. L'art. 591, comma 2 (n. 1), c. civ., stabilendo in via eccezionale a diciotto anni l'età necessaria per la capacità di testare, già dimostra questo in parte mantenuto *favor* (sebbene esso appaia, nel caso, probabilmente fuor di luogo) ⁽⁸⁷⁾. Pure in norme, come quella dell'art. 634 c. civ., sulle condizioni impossibili o illecite (c. d. « re-

⁽⁸⁵⁾ V. specialmente BOEHMER, *Einführung* cit., p. 121-125, 135-137, e *Einleitung*, cit., p. 27-28, 67-68.

⁽⁸⁶⁾ Contro la prevalenza della successione legittima si è talora argomentato anche da un dato più generale del sistema, ossia la facoltà riconosciuta all'individuo di donare finché è in vita anche tutti i propri beni: la quale facoltà proverebbe essere estranea al nostro diritto positivo l'idea di una tutela della famiglia — in ordine al patrimonio del soggetto — fuori dal ristretto campo dei legittimari (difesi, pur contro le donazioni, dall'azione di riduzione). Cfr., per un cenno, *Relaz. Comm. parl.*, p. 618.

⁽⁸⁷⁾ Su ciò conviene sostanzialmente GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 140: « assunta la successione legittima come sussidiaria a quella testamentaria — si è voluto che alla norma di legge prevalesse il regolamento dettato dal soggetto » (« ragione che, guardata *a posteriori*, si compendia poi nella regola del *favor testamenti* »).

gola sabiniana »), e in quella parallela dell'art. 647, comma 3, per l'onere, si manifesta una sempre attuale propensione a conservare il più possibile l'efficacia del testamento⁽⁸⁸⁾. Nello stesso solco potrebbe inoltre apparire orientato l'istituto della conferma delle disposizioni testamentarie nulle (art. 590 c. civ.), per la quale anche recenti analisi ritrovano la più intima ragion d'essere nell'idea del rispetto della volontà del defunto (la sanatoria supplendo, in via di massima, alla violazione dei limiti formali e sostanziali posti dalla legge all'autonomia negoziale *mortis causa*)⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁾ L'obiezione è presente a SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 201, nota 33; ed è altresì ricordata da RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 148, nota 50.

⁽⁸⁹⁾ SACCO, voce *Nullità ed annullabilità (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 461-462 (non completamente sulla stessa linea GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1382, nota 37; inoltre tenta di dare una nuova angolazione al problema riguardante i limiti di applicabilità dell'art. 590, F. ROMANO, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, cit., p. 767 ss.; la menzionata impostazione corrisponde invece all'indirizzo tradizionale — v., a parte le successive incongruenze, PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 82 ss.; DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 45; ora GIACOBBE, voce *Convalida (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 484 — e, secondo il motivato giudizio di Sacco, all'intrinseca tendenza delle nostre decisioni giurisprudenziali). Naturalmente, con l'accentuata considerazione del principio del rispetto « massimo » per la volontà del defunto, non si vuole escludere come rilevante l'altro profilo, della « disponibilità dell'interesse degli eredi alla nullità dell'atto »; ma solo segnalare il ruolo essenziale spettante al primo, in quanto presupposto per l'operatività stessa del secondo. In pratica, l'istituto rappresenta certo una manifestazione del generale « principio di conservazione del negozio, come atto di autonomia privata » (cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 1962, p. 246); mentre non è mancato chi ha riconosciuto in esso un'applicazione del *favor testamenti* (OPPO, *Profilì dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 123, pur negandone la riconducibilità a un principio generale).

Ancor più illuminante è poi vagliare i precedenti immediati dell'art. 457 c. civ., che dei rapporti tra successione legittima e testamento costituisce il principale punto di emersione normativa. Invero un tentativo d'inscrivere nel codice la preminenza della vocazione legale — tentativo che ebbe luogo sulla base di confuse premesse ideologiche, fra cui campeggiava l'affermata esigenza di adeguare il nuovo diritto delle successioni ai « postulati etici e giuridici della dottrina fascista » ⁽⁹⁰⁾ — fu espressamente respinto in sede di elaborazione della norma ⁽⁹¹⁾: ed anzi nei lavori preparatori esiste una conferma assai chiara della precisa volontà legislativa di escludere qualsiasi gerarchia di valore tra le due forme di regolamento successorio ⁽⁹²⁾.

Né va sottaciuto, infine, come sia questa una realtà dell'ordinamento che oggi la giurisprudenza mostra di avvertire con puntuale sensibilità, trasfondendola in esplicite motivazioni, ma ancor più spesso ponendola ad implicito criterio di soluzioni concrete ⁽⁹³⁾.

A dimostrazione della rilevanza del concetto di « conservazione del negozio » in materia testamentaria, si sono talora richiamate anche altre norme particolari: così, ad esempio, quelle in tema di sostituzione ordinaria (ora art. 688, comma 2, c. civ.), e di accrescimento (v. già GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 186).

⁽⁹⁰⁾ *Relaz. al prog. def.*, n. 2.

⁽⁹¹⁾ Il tentativo sfociò difatti nella redazione dell'art. 2 del *Prog. def.*; ma l'articolo, vivacemente criticato in sede di Commissione parlamentare, non passò nel testo definitivo. Rifà ora la storia della discussione GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 6 ss.

⁽⁹²⁾ *Relazione al Re*, n. 224.

⁽⁹³⁾ La tendenza appare unanime: v., per varie applicazioni pratiche, le decisioni giurisprudenziali citate *infra*, n. 20 (oltre a tutte quelle che hanno ammesso la validità della diseredazione). Una « preminenza della successione testamentaria su quella legittima » postula invece espressamente la massima di App. Bari, 22 luglio 1947, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 114; nello stesso senso l'esplicita motivazione di Cass., 12 giugno 1957, n. 2208, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1145 s.

Al di là di antichi pregiudizi concettuali e di non sempre congruenti valutazioni metagiuridiche, una serie di elementi — ricavabili dalla logica del sistema come da specifici dati normativi, dai lavori preparatori come dal diritto applicato — concorrono dunque a riempire il quadro soltanto abbozzato nella formula dell'art. 457, comma 2, c. civ., la quale di per sé potrebbe anche sembrare, sotto il profilo esaminato, piuttosto incolore. Invece il risultato della ricostruzione ermeneutica è univoco: le regole della vocazione intestata esprimono non un « valore » superiore dell'ordinamento, ma un meccanismo puramente « suppletivo » di designazione successoria.

19. — La posizione critica assunta nei confronti del dogma della « preminenza » della successione legittima può trovare qualche ulteriore sostegno nella comparazione ⁽⁹⁴⁾.

Non sembra infatti privo di significato che proprio in Germania, cioè in un Paese ove per motivi storici ben più comprensibile sarebbe un'inclinazione verso l'attribuzione di egemonia ad

(l'art. 457, comma 2, « prevede due specie di vocazioni: la testamentaria e la legittima, e, qualsiasi sforzo si faccia per sostenere il contrario, dà prevalenza alla prima sulla seconda »); mentre non meno chiara è Cass., 23 ottobre 1954, n. 4037, in *Foro it.*, 1955, I, c. 8.

⁽⁹⁴⁾ Per una meccanica riproduzione della teoria da noi prevalente in un autore spagnolo v., ad ogni modo, PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, V, 1, cit., p. 523 (poco prima l'a. aveva peraltro accolto, seppure con qualche marginale ritocco, la tesi del « testamento presunto »: p. 521-522). E v., per una sommaria adesione alle concezioni di Filomusi Guelfi, ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, cit., p. 216 s. Di una preminenza attuale della successione legittima parla anche MARIN PEREZ, *Institucionalización jurídica de la familia española*, in *Estudios sobre el derecho privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959, p. 796 ss. (con accenti nostalgici per la dottrina nazista e fascista: comunque sia, va respinta per le ragioni già dette l'affermazione dell'a., che su questo punto la dottrina fascista sopravviva, attraverso il vigente codice civile italiano, al fascismo).

una successione legittima vista *sub specie* di garante dell'« interesse della collettività familiare », una congrua valutazione dell'univoca tendenza dell'ordinamento sembri spingere in definitiva la dottrina verso una scelta ermeneutica esattamente opposta ⁽⁹⁵⁾.

E che — per tacere dei sistemi di *common law*, la cui disciplina successoria appare tutta imperniata su un'ampissima (anzi probabilmente eccessiva) nozione della libertà testamentaria, e in cui è ancora presente un così aperto favore per la successione testamentaria, da confinare con una vera presunzione contro la successione intestata ⁽⁹⁶⁾ — anche nell'ambiente

⁽⁹⁵⁾ Cfr. specialmente BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 122 e 124-125 (dal punto di vista del « rapporto di valore » etico-sociale e giuridico-politico, non si può negare che il codice ha confermato la preferenza per la libertà testamentaria; la successione familiare è ridotta nel B.G.B. al ruolo di un « titolo di vocazione sussidiario »). V. inoltre, fra le recenti trattazioni, BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*³, cit., p. 38; DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 27; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 98; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 309; nonché, per un cenno, ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, Wien, 1949, p. 248. Legata a reminiscenze germanistiche la contrapposizione di principio fugacemente accennata da PLANITZ, *Grundzüge*³, Berlin, 1949, p. 219. Una « tendenza di politica legislativa al più largo ricorso alla successione legittima » si manifestò in Germania durante il periodo nazista (RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 70, nota 6); va notato, però, che la proposta di Hedemann all'*Akademie für Deutsches Reich*, riportata da K. MEYER in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1933, c. 1531 (e ricordata da RESCIGNO, *op. loc. cit.*), si riferiva in ispecie ad una limitazione della libertà di testare da realizzarsi mediante « una più forte difesa della famiglia in senso stretto » (oltre che dei diritti successori dello Stato).

Contra, per diritto svizzero, PICENONI, *Die Auslegung von Testament und Erbvertrag*, Zürich, 1955, p. 24-25 (riconoscendo la diversa impostazione del B.G.B.: p. 24, nota 10); TUOR, in *Berner Komm.*, III, 1, cit., p. 15-16. Ma tale indirizzo è stato ora messo in discussione da W. YUNG, secondo quanto informa GROSSEN, in *Rev. trim. de droit civil*, 1966, p. 631.

⁽⁹⁶⁾ Si vedano, al proposito, citazioni di dottrina anglosassone (Hal-

francese, ove pure lo stesso codice notoriamente abbozzò un almeno formale compromesso tra le concezioni romanistica e *coutumière* del diritto ereditario, gli interpreti comincino sí a criticare la consueta giustificazione della successione legittima come « testamento presunto » ⁽⁹⁷⁾; ma non manchino di riconoscere sempre piú frequentemente — sebbene fra alcune residue difficoltà ⁽⁹⁸⁾ e qualche resistenza di principio ⁽⁹⁹⁾ —

sbury, Garrow) in RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 149, nota 51. Adde, per esempio, WILLIAMS, *The law relating to wills*², cit., p. 369; PARRY, *The law of successions testate and intestate*, 4^a ed., London, 1961, p. 2.

⁽⁹⁷⁾ L'ammissione che i lavori preparatori hanno esplicitamente accolto la teoria della « volontà presunta » è unanime: ma non sono pochi gli autori che oggi mostrano insoddisfazione per tale punto di vista. Generalmente essi si rifugiano in un generico richiamo ai doveri « familiari », o « verso i parenti »: cfr., con varie sfumature, PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², IV, cit., p. 9; BARRÈRE, *op. cit.*, p. 343 ss., 358 ss.; e per diritto belga DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, VIII, 2, cit., p. 890 (la teoria del testamento presunto vi è definita « antropomorfismo individualista »: ma, quanto al fondamento della successione legittima nei doveri familiari, v. la precisazione di p. 891, e soprattutto quella contenuta nello stesso *Traité*, vol. IX, cit., p. 18); ancor meno impegnata la posizione di R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments*², I, cit., p. 168-169 (che nel vol. II, p. 122, sembrano peraltro preferire la teoria del testamento presunto; in tal senso parrebbe dover intendersi pure quanto scritto in R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *Les successions ab intestat*², I, cit., p. 81, 91, i quali propongono tuttavia una conclusione interlocutoria a p. 120); un cenno di sfuggita può trovarsi già in COLIN, *Le droit de succession dans le Code civil*, nel cit. volume *Le Code civile (1804-1904)*, Livre du centenaire, I, p. 311. Comunque sia, il richiamo ai « doveri familiari » è qui nominale e ordinariamente privo di conseguenze pratiche — come si vedrà subito — per quanto riguarda l'impostazione dei rapporti tra successione legittima e testamento.

⁽⁹⁸⁾ Di fronte al problema di una esatta determinazione del rapporto sistematico intercorrente fra testamento e vocazione legittima, le maggiori preoccupazioni derivano in realtà alla dottrina francese dalla im-

che sul piano tecnico la vocazione intestata ha una funzione

pressione che la giurisprudenza sia decisamente orientata a riconoscere la prevalenza della seconda. Ma basta un rapido esame dei principi affermati nelle due sentenze che sarebbero maggiormente espressive di detto indirizzo giurisprudenziale — Cass., 22 luglio 1896, in *Sirey*, 1896, I, p. 513, con nota di APPERT (diritto dell'*héritier du sang*, escluso dalla successione, di chiedere ciò nonostante la spedizione dell'inventario, non privandolo la diseredazione del « titolo » conferitogli dalla legge) e Cass., 8 novembre 1932, in *Sirey*, 1933, I, p. 281, con nota di VIALLETON (per la medesima ragione il successibile diseredato mantiene il diritto di chiedere misure conservative in ordine all'eredità) — per rendersi conto di come (a parte gli *obiter dicta*) simili ovvie soluzioni non postulino minimamente, quale *ratio decidendi*, una preferenza per la vocazione legale. L'osservazione non è del resto sfuggita a KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 78. Tuttavia le riferite preoccupazioni, già rese esplicite, ad esempio, da VIALLETON, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successoriale (à propos du nouveau Projet de Code Civil italien)*, cit., p. 304 (e v., ma con maggior distacco, R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e LE BALLE, *op. cit.*, p. 118-119), dominano ancor l'impostazione di SOUM, *La transmission*, cit., p. 155 ss., 161 ss.; e di SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, cit., p. 74 ss.

(⁹⁹) BATIFFOL, *Traité élém. de droit international privé*, 2^a ed., Paris, 1955, p. 711; PETITJEAN, *Fondaments et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, cit., p. 19-20 (entrambi favorevoli, ma senza salda motivazione, a vedere nel sistema francese una prevalenza della successione legittima). La posizione non è del resto nuova, per la dottrina d'oltr'alpe, risalendo infatti a DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1766, t. I, parte 2^a, *Les successions*, Préface, § 8, p. 257; ed essendo stata poi ripresa, fra gli altri, da LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. it., 2^a ed., s.d., VIII, n. 474-484 (p. 436-452), e specie n. 477-484 (p. 441-452). L'impostazione di Domat e Laurent è duramente censurata da DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, VIII, 2, cit., p. 893-894, che la giudica « completamente falsa », e non le risparmia accenti ironici (v. la premessa bibliografica di p. 883: « Laurent consacra ugualmente al fondamento del diritto successorio pagine lunghe, ma vuote di senso »). Per la critica a Laurent cfr., d'altronde, già LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 29-30, e anche (sebbene con riguardo a una questione particolare), p. 340-342. Quanto all'affermazione di LEFEBVRE, *La famille en France*,

meramente « suppletiva » ⁽¹⁰⁰⁾, mentre su quello della gerarchia dei valori legali le due forme di regolamento della vicenda successoria si trovano semplicemente « su piede di parità » ⁽¹⁰¹⁾.

cit., p. 281 (« è sempre l'eredità *ab intestato* che prevale nel nostro diritto »), essa appare non solo immotivata, ma posta nel nulla dall'immediatamente successivo richiamo al concetto di testamento presunto, come idoneo a spiegare « tutto il sistema seguito dal codice » in materia di successione legittima. Non più convincente SORTAIS, *op. cit.*, p. 60 ss. (del quale v., peraltro, l'ammissione di p. 74).

⁽¹⁰⁰⁾ JOSSEAND, *Cours de dr. civ. français*, III, cit., p. 385; e v., per cenni nello stesso senso, ad es. ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 36, 50; già LAMBERT, *op. cit.*, p. 712 (si può tuttavia cogliere più a fondo il pensiero, non privo di qualche contraddizione, di questo a., confrontando anche le p. 29-30, 248, 258, 340-342, 663; e v. la precisazione di p. 32).

⁽¹⁰¹⁾ VIALLETON, in *Sirey*, I, 1933, p. 282, che censura la tesi estrema e sorpassata dell'assoluta preminenza di valore della successione testamentaria, difesa nel libro di VALLIER, *Le fondement du droit successoral*, cit., in particolare p. 603: ma esclude ogni prevalenza di uno dei due tipi di vocazione sull'altro, affermando l'autonomia dei rispettivi campi d'applicazione e richiamando alla realtà del diritto positivo. La posizione di V. — che nella letteratura francese è sul tema una fra le più interessanti — si ritrova nello scritto comparatistico *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale (à propos du nouveau Projet de Code civil italien)*, cit., p. 299-305, ove viene ribadito che le due forme di regolamento della successione stanno su « piani paralleli », e che non esiste tra loro una gerarchia (il problema di « supremazia » appare all'a. « un lascito di tempi passati », e il tentativo di risolvere sulla sua base concrete questioni di diritto positivo spesso « una sorta di partito preso intellettuale »). L'opinione in parola ha ormai raccolto larghi consensi, anche fra gli scrittori che tendono a ricercare una nuova giustificazione della successione intestata: cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², IV, cit., p. 7, 9; KUHN, *op. cit.*, p. 2; BARRÈRE, *op. cit.*, p. 361; assai nettamente, inoltre, DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, VIII, 2, cit., p. 882-894 (che tuttavia tiene a precisare ripetutamente il carattere meramente « suppletivo » della successione legittima: v. p. 892-894). D'accordo anche PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, Paris, 1961, p. 254.

20. — Quella concernente il testamento « negativo » non è la sola indicazione utile che, sul piano dell'interpretazione del diritto positivo, scaturisce dalla critica della dominante teoria della preminenza della vocazione legale. Si è già accennato a quali siano gli importanti corollari pratici, che la dottrina va da tempo ricavando dal dogma ⁽¹⁰²⁾. Essi attengono alla interpretazione del testamento, al trattamento della disposizione testamentaria prevedente una vocazione di contenuto uguale a quello della vocazione legittima, ai modi e limiti in cui il negozio *mortis causa* può « derogare » all'ordine successorio legale. Proprio siffatte applicazioni concrete si rivelano, a conclusione dell'indagine, ingiustificate.

Così è da dire, in primo luogo, per la tendenza fortemente ed anzi eccessivamente restrittiva, che in tema di interpretazione del testamento è venuta ponendosi all'estremo opposto rispetto al tradizionale principio del *favor testamenti*. Del *favor* erano state fatte in passato applicazioni senza dubbio censurabili ⁽¹⁰³⁾;

⁽¹⁰²⁾ Sotto questo profilo deve giudicarsi inesatto, o perlomeno poco realistico, quanto sta scritto nella *Relazione al Re*, n. 224, secondo cui il problema del rapporto tra successione legittima e testamento sarebbe puramente accademico e privo di pratica importanza. *Contra*, già CICU, *Le successioni*, cit., p. 30; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 199; da ultimo (pur ridimensionando i riflessi della soluzione accolta) MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 15.

⁽¹⁰³⁾ Ad esempio, per tale via si era introdotta una specie di presunzione di validità del testamento in tema di vizi della volontà e di valutazione dei requisiti anche formali del negozio: cfr. la giusta critica del MENGONI, *op. cit.*, p. 15-16; e dell'OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 118; precedentemente SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 200 (e v., a proposito di un caso particolare, PUGLIATTI, *Testamento epistolare e volontà testamentaria*, ora in *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951, p. 617). Nell'errore, in fondo, ancora VIALLETON, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, cit., p. 302. Interessante, di contro, per la precoce (anche se allora quasi isolata) reazione, App. Roma, 7 maggio 1879, in *Foro it.*, 1879, I, c. 845-46; correttamente, adesso,

ma, sotto l'influsso della tesi della funzione secondaria del testamento, parte della dottrina è andata ben oltre il necessario ridimensionamento del principio, pervenendo a risultati che appaiono privi di riscontro nel sistema, in particolare per quanto si riferisce alla regola di « conservazione » del negozio ⁽¹⁰⁴⁾. In realtà, non solo in materia testamentaria trova impiego con la massima ampiezza il principio dell'interpretazione individuale o psicologica e della libera ricerca, oltre il tenore della dichiarazione, della volontà (riguardo al risultato) del testatore ⁽¹⁰⁵⁾;

v. Cass., 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, c. 923 (si può prescindere, nell'approvazione del principio posto, dalla valutazione delle concrete circostanze del caso di specie); *adde* Cass., 19 febbraio 1962, n. 331, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 439 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ V. infatti, contro l'estensibilità (sotto qualsiasi forma) al testamento del canone di conservazione, previsto dall'art. 1367 c. civ. per i contratti, CICU, *Le successioni*, cit., p. 148-149 (e *Testamento*², cit., p. 120); A. GALLO, *Limiti dell'applicabilità al testamento delle norme d'ermeneutica riguardanti il contratto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, p. 550; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, p. 240 (che peraltro — l'osservazione è già in MENGONI, *op. cit.*, p. 15, nota 34 — nell'esemplificazione sembra considerare ipotesi esulanti dal problema interpretativo e piuttosto attinenti al piano della validità, precisamente al dubbio circa l'esistenza stessa della volontà di testare). A Cicu pareva aderire (sulla scia del dogma di preminenza della successione intestata) anche SANTORO PASSARELLI, in *Vocazione legale*, cit., p. 200, nota 33, il quale è però ora favorevole all'estensione (*Dottrine generali*¹, cit., p. 230). Per la negativa (come ricorda OPPO, *op. cit.*, p. 119) si era già schierato, in passato, Laurent (circa la valutazione fortemente critica, che l'impostazione data al rapporto tra successione legittima e testamento da Laurent incontra oggi nella dottrina di lingua francese, v. tuttavia *retro*, nota 99).

⁽¹⁰⁵⁾ Così, per tutti, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 316, e *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 367 ss.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 166 ss.; GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici "mortis causa"* (diritto civile), in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 907-908; MENGONI, *op. cit.*, p. 17; OPPO, *op. cit.*, p. 124; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., *passim*, ad es. p.

ma deve parimenti ritenersi operante il canone di conservazione⁽¹⁰⁶⁾, seppure nella misura del suo ambito naturale (ossia quello della scelta tra due significati della dichiarazione ambigua, di cui uno suscettibile di inefficacia)⁽¹⁰⁷⁾. Ciò che a torto —

40 ss.; G. STOLFI, *op. cit.*, p. 239; P. TRIMARCHI, *Interpretazione del testamento mediante elementi a esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 448 ss. E v. ALLARA, *Principi*, cit., p. 46-47, 178-179, che ne deriva un « principio della libertà nel contenuto della dichiarazione ». In giurisprudenza, tra le innumerevoli pronunce conformi, v. da ultimo Cass., 20 gennaio 1964, n. 129, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 1339-40, e Cass., 23 giugno 1964, n. 1649, in *Mass. Giur. it.*, 1964, c. 543.

(¹⁰⁶) ALLARA, *Il testamento*², cit., p. 338, e *Principi*, cit., p. 178; BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 320-322, e *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 371-372; DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir. giur.*, 1947, p. 81 ss.; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 9; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 172; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 182, e voce *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 175; MENGONI, *op. cit.*, p. 17; MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, p. 156 ss. Secondo RESCIGNO, *op. cit.*, p. 153-161, 209-210 (seguito da CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961, p. 45-46), il principio di conservazione (sul piano dell'efficacia) e il canone della totalità (sul piano dell'interpretazione) sarebbero rilevanti, ma assumerebbero un diverso valore in ordine al testamento e in ordine al contratto (v. più avanti, n. 24).

Da segnalare che il problema dell'applicabilità del canone della conservazione al testamento è ancora una volta espressamente risolto (in senso affermativo) dal *B. G. B.*, § 2084.

(¹⁰⁷) L'impostazione esatta, nelle sue linee generali, è stata data al problema dall'OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 117 ss., specie p. 124 ss., col distinguere il reale e attuale valore tecnico del principio (prevalenza del significato che non comporta inefficacia) dall'impropria estensione di esso in termini di attribuzione del « massimo significato utile » alla disposizione testamentaria. Corretta è la critica al principio dell'interpretazione estensiva (massimo significato utile), il quale si riporta in verità a un'idea, quella di generale favore per la successione testamentaria, come tale estranea al nostro sistema. Ma molto meno apprezzabile appare la risposta, che al problema lasciato così aperto

e senza incontrare l'assenso della giurisprudenza ⁽¹⁰⁸⁾ — qualche

si tenta di dare mediante il ricorso alla regola dell'interpretazione restrittiva: alla cui giustificazione in materia si procede, per molte ipotesi (conflitto tra erede legittimo e testamentario, tra eredi testamentari di cui tutti, alcuni, nessuno anche successibile legittimo), proprio muovendo dall'idea, parimenti infondata, della generale « preminenza » della successione legittima (OPPO, *op. cit.*, p. 129-130, cui mostra di aderire MENGONI, *op. cit.*, p. 18, mentre sul punto sembra esattamente orientato BARBERO, in *Le norme complete*, cit., p. 534-535). A risultati pratici spesso non molto dissimili da quelli della tesi dell'interpretazione restrittiva (cui assai giuste censure sono rivolte da RESCIGNO, *op. cit.*, p. 5, 9-10, 92, 122-124), si perviene invece più appropriamente facendo capo alla regola per cui « la corrispondenza tra volontà e dichiarazione si stabilisce nel minimo tra voluto e dichiarato »: RESCIGNO, *op. cit.*, p. 123-124, e (per la formulazione della regola in diritto romano) G. GROSSO, *In tema di divergenza fra volontà e dichiarazione*, in *Studi in on. di S. Riccobono*, III, Palermo, 1936, p. 167, nota 7. In giurisprudenza, ha correttamente deciso che « nell'interpretare il testamento non può avere applicazione il criterio della minore onerosità per l'obbligato, sancito dall'art. 1371 c.c. », Cass., 23 gennaio 1959, n. 162, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce *Successione testamentaria*, n. 96 (*contra*, a quanto risulta dalla massima, Cass., 29 novembre 1948, n. 1842, in *Rep. Foro it.*, 1948, voce *Testamento*, n. 73; e in dottrina, affermandosi l'estensibilità dell'art. 1371, di sfuggita ALLARA, *Principi*, p. 178, e SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*¹, cit., p. 230; con esplicito riferimento ai rapporti tra erede e legatario A. GALLO, *op. cit.*, p. 551; GANGI, *La successione testamentaria*², II, cit., p. 499; G. STOLFI, *op. cit.*, p. 241).

È da tenere presente che, naturalmente, limite invalicabile all'attribuzione di efficacia al negozio testamentario per via di interpretazione resta in ogni caso l'estrinsecazione della volontà nella dichiarazione formale: v., per tutti, TRABUCCI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 692 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Che è pacificamente nel senso dell'applicazione del principio di conservazione: si vedano, tra le più recenti decisioni, Cass., 10 agosto 1963, n. 2278, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2316; Cass., 6 novembre 1958, n. 3601, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce *Successione testamentaria*, n. 115; Cass., 7 maggio 1955, n. 1306, in *Rep. Giust. civ.*, 1955, voce *cit.*, n. 110; Cass., 5 marzo 1955, n. 652, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 446; Cass., 23 febbraio 1952,

autore ha cercato di negare, battendo anche altre vie in aggiunta a quella del ricorso all'idea della prevalenza della successione legittima ⁽¹⁰⁹⁾.

n. 495, in *Mass. Foro it.*, 1952, c. 123; e, per le corti di merito, Trib. Cassino, 14 dicembre 1963, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, voce cit., n. 76; App. Trieste, 7 marzo 1960, in *Giur. agr. it.*, 1960, p. 576; Trib. Voghera, 9 aprile 1959, in *Monit. trib.*, 1960, p. 257; App. Lecce, 12 luglio 1958, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce cit., n. 101; Trib. Napoli, 14 marzo 1958, in *Dir. giur.*, 1958, p. 798; App. Torino, 24 gennaio 1958, *Rep. Giust. civ.*, 1958, voce cit., n. 113; App. Firenze, 7 maggio 1958, *ibidem*, n. 112; App. Venezia, 9 novembre 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce cit., n. 130; App. Catanzaro, 14 gennaio 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1955, voce cit., n. 123. Da ultimo cfr., inoltre, le massime (stereotipe) di Cass., 18 luglio 1963, n. 1970, e di Cass., 18 giugno 1963, n. 1637, in *Rep. Giust. civ.*, 1963, voce cit., n. 60 e 61 (ugualmente già Cass., 9 febbraio 1961, n. 271, in *Rep. Giust. civ.*, 1961, voce cit., n. 59). Tuttavia un'altra sentenza ugualmente massimata (Cass., 28 marzo 1962, n. 628, *ibidem*, n. 62), rivela nella lettura della motivazione (cfr. *Foro pad.*, 1963, I, c. 1377-1378) la sorpresa della pratica disapplicazione del canone, in un tipico caso in cui sembra andasse impiegato. Esempiare, invece, Cass., 19 febbraio 1962, n. 331, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 439-442.

⁽¹⁰⁹⁾ CICU, *Testamento*², cit., p. 120 (e *Le successioni*, cit., p. 149) argomenta, per escludere l'applicabilità al negozio testamentario del criterio di conservazione, pure dalla mancanza di un « affidamento » da tutelare, mentre proprio l'affidamento costituirebbe la base della presunzione su cui poggia il principio. Dell'assunto è esatta la premessa minore, che cioè il testamento non sia destinato a creare una situazione di affidamento (infatti per la stessa ragione si esclude l'estensione in materia testamentaria dell'art. 1366 c. civ., che prevede l'interpretazione secondo buona fede: Cass., 11 luglio 1951, n. 1899, in *Foro it.*, 1952, I, c. 83 ss., con nota di G. STOLFI, adesiva sul punto; indirettamente Cass., 28 luglio 1950, n. 2146, in *Foro it.*, 1951, I, c. 922; Trib. Napoli, 19 aprile 1963, in *Dir. giur.*, 1964, p. 123 ss., con nota adesiva di BLANDINI; App. Cagliari, 8 marzo 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce *Successione testamentaria*, n. 95; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 171; GRASSETTI, voce *Interpretazione dei negozi giuridici "mortis causa"*, cit., p. 908; MOSCO, *op. cit.*, p. 155 ss.; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 22-23; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*¹, cit., p. 230; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 169; TRABUCCHI,

Quanto al problema del « concorso apparente » ⁽¹¹⁰⁾ (nella

Il rispetto del testamento, cit., p. 708; *contra*, stando alla massima, Cass., 8 giugno 1955, n. 1770, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Testamento*, n. 54; ALLARA, *Principi*, cit., p. 178; GANGI, *La successione testamentaria*², II, cit., p. 492-493). Ma evidentemente erronea (GRASSETTI, voce *Conservazione*, cit., p. 175) è la premessa maggiore, poiché la vera *ratio* del canone della conservazione non risiede nell'affidamento, bensì nella presunzione di serietà della dichiarazione negoziale, che a maggiore ragione opera riguardo al negozio d'ultima volontà — una volta accertata la volontà di disporre — in quanto « una interpretazione che privi di efficacia il testamento nega irrimediabilmente l'esplicazione della privata autonomia del disponente » (v., sul punto, anche OPPO, *op. cit.*, p. 119, nota 2; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 23). La tesi del Cicu, nonostante le parole con cui la commentava BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 321, nota 112, e *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 371, nota 8 (« una tesi, che difficilmente troverà seguaci »), è adesso ripresa da L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 73.

⁽¹¹⁰⁾ Se si segue la dottrina, che sembra oggi dominante, sulla strada dell'applicazione del principio della « totalità » della rinuncia pure ai casi di concorrenza tra più « titoli » di vocazione (il chiamato non potrebbe rifiutare la vocazione prevalente per accettare la successiva, dovendosi considerare quest'ultima — per via dell'assorbimento ad opera della prima — definitivamente consunta: v. specialmente CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 59-63; e BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 38-39; BARBERO, *Sistema*⁶, cit., p. 919 nota 2, 920; CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 64, pare mutando avviso rispetto a *Le successioni*, cit., p. 151; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 76; MENGONI, *op. cit.*, p. 19, nota 42; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 201, nota 35; *contra* M. ANDREOLI, *Vocazioni isolate e concorrenti*, cit., p. 331; D'AVANZO, *Della rinuncia all'eredità*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio, cit., p. 230-231) l'accennata terminologia, quantunque non comune, sembra appropriata per indicare la situazione in discorso (ove si avrebbe per l'appunto coincidenza « apparente », nella medesima persona, di due vocazioni, di cui una in realtà destinata a prevalere sull'altra ed assorbirla).

Peraltro il principio, secondo cui il chiamato non potrebbe rinunciare alla successione testamentaria per accettare quella legittima, è stato più volte respinto in giurisprudenza, e di fronte a casi di specie nei quali il rigetto appariva effettivamente giustificato: App. Firenze, 31 marzo 1958,

medesima persona) di vocazione testamentaria e vocazione legale — nei suoi due aspetti *a*) dell'eventuale coincidenza di contenuto tra disposizione testamentaria diretta o autonoma e vocazione legale ⁽¹¹¹⁾, e *b*) della disposizione testamentaria con contenuto determinato *per relationem*, mediante rinvio alle norme sulla successione legittima ⁽¹¹²⁾ — la dottrina della superiorità

in *Giur. tosc.*, 1958, p. 730 ss., in particolare 732-733 (caso di rinuncia di tutti gli eredi legittimi a far valere le disposizioni testamentarie, per adeguarsi alla nuova volontà del *de cuius* ripetutamente espressa in forma orale e per consolidare i vincoli affettivi tra essi esistenti); App. Cagliari, 7 novembre 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 904-905; App. Milano, 5 agosto 1949, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 61-62. Sull'analogia soluzione accolta per diritto tedesco, si cfr. la vecchia dissertazione di SILVERBERG, *Berufung, Berufsgrund, Erhöhung und Anwachsung im Erbrecht des B.G.B.*, Köln, s.d. (ma 1900), p. 18 ss., p. 43 ss.

⁽¹¹¹⁾ Ipotesi di testamento contenente istituzione di erede/i soggettivamente e oggettivamente uguale alla vocazione preordinata dalla legge, pur senza rinvio a quest'ultima: ad esempio, il testatore istituisce eredi in parti uguali i suoi due unici figli e non esiste coniuge.

⁽¹¹²⁾ « Dispongo che i miei beni siano ripartiti come per legge », o simili. Ritene certo che in tal caso abbia luogo la successione legittima, riallacciandosi al dogma della sua « preminenza », CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 64, nota 116. Afferma invece giustamente l'irrilevanza di quel principio, a proposito del problema in esame, MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 21, che però (seguito da C.A. FUNAIOLI, *Dei legittimari*, cit., p. 48-49) tende a differenziare questa fattispecie dall'ipotesi indicata *sub a*), poiché di fronte a una disposizione *per relationem* (alla legge) la nullità discenderebbe dal principio di completezza del negozio solenne (l'opinione è già stata criticata *retro*, cap. I, n. 4). Anche L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 75, sostiene ora che non si debbano confondere i due casi, e giudica inefficace la disposizione contenente « rinvio », in quanto con essa « non si può dire che il testatore disponga dei suoi beni ». La questione è, per contro, precisamente d'interpretazione della dichiarazione testamentaria (dovendosi, con riguardo all'insieme del testo, ricercare se la clausola vi assuma un valore soltanto pleonastico, o stia ad

della vocazione legale ha imposto la credenza che il testamento sia in questi casi inefficace perché « inutile » ⁽¹¹³⁾: con ciò presupponendosi, in sostanza, che sia requisito essenziale per la validità della disposizione testamentaria l'elemento della sua « diversità di contenuto rispetto alla vocazione legittima » ⁽¹¹⁴⁾. Invece simile credenza — che rinviene al solito i propri addentellati storici nell'antico diritto francese ⁽¹¹⁵⁾ — appare arbitraria,

esprimere una reale volontà di disporre: cfr., per qualche applicazione giurisprudenziale, *infra*, nota 118).

⁽¹¹³⁾ NICOLÒ, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 23-24; SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 202, seguito da RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 149, nota 51 (che ricorda, al proposito, il dissenso tra due interpreti della *common law* inglese, Garrow e Greene); CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 63-64; e (apoditticamente) BARASSI, *op. cit.*, p. 37. V. inoltre CICU, *Le successioni*, cit., p. 148, 150.

⁽¹¹⁴⁾ Così infatti, coerentemente, CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 64 (e p. 26, nota 14); NICOLÒ, *op. cit.*, p. 24. *Contra*, ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 112; ed ora, molte bene, MENGONI, *op. cit.*, p. 19 (l'a. modifica in tal modo l'opinione espressa in *La divisione testamentaria*, cit., p. 77).

⁽¹¹⁵⁾ Per comprendere l'evoluzione del problema nell'esperienza storica francese è indispensabile leggere LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, cit., p. 379 ss. (sulla storia della regola *coutumière* dell'« incompatibilità » tra la qualità di erede e di legatario: e v. p. 426 ss., sulle implicanze concernenti la distinzione tra *propres* e *acquêts*), 450 ss. (sull'istituto *coutumier* della *déclaration d'héritier*), 459 ss. (su un altro istituto tipico del diritto consuetudinario, il *rappel*). Inoltre, per rendersi conto delle ragioni pratiche dell'attuale soluzione (che, oltre a svolgersi nel solco degli accennati precedenti raccolti dalla tradizione, scopre la finalità sostanziale di mantenere al successibile legittimo, designato anche nel testamento, la posizione preferenziale che la vocazione *ex lege* gli assicura) occorre tener presenti alcuni peculiari riflessi normativi del problema in diritto francese (attribuzione o meno della *saisine*; operatività o esclusione della rappresentazione, che il *code civil* limita alla successione legittima: art. 740 e 742; assoggettamento o meno all'obbligo del *rappel*: art. 843 e 857 *code civ.*). L'opinione di LAMBERT, *op. cit.*, p. 487-553 (conservazione del titolo di erede legittimo e conse-

poiché una volta sfatato il mito della « preminenza » giuridica della successione intestata, unico valido e vincolante criterio per risolvere la questione rimane l'art. 457, comma 2, c. civ.: il quale non lascia incertezze sul fatto che anche nelle esaminate ipotesi si abbia apertura della successione testamentaria ⁽¹¹⁶⁾. Né la soluzione è priva di rilevanza pratica, come è stato di recente dimostrato ⁽¹¹⁷⁾, e come confermano le felici applicazioni che di essa hanno compiuto i nostri tribunali in tema di spettanza della facoltà di commutazione ⁽¹¹⁸⁾.

guenziale applicazione in ogni caso delle norme di legge: v. specialmente p. 503 ss.) appariva logicamente coerente. Oggi la dottrina prevalente inclina invece ad adottare il sistema del trattamento più favorevole, applicando le norme relative alla *saisine* e alla rappresentazione, ma negando l'obbligo del *rapport*: cfr. SOUM, *La transmission*, cit., p. 207 ss., in particolare, per quanto riguarda il *rapport*, p. 213-215 (la risposta ai vari interrogativi è cercata nell'interpretazione della volontà del defunto, che sarebbe quella di avvantaggiare al massimo il successibile istituito.) Sulla questione vedi anche (con specifico riguardo, peraltro, all'ipotesi di disposizione testamentaria a favore del riservatario) lo scritto di VIALLETON, *Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1940-41, p. 1 ss., soprattutto p. 22-28.

(¹¹⁶) Conformi BARBERO, *Sistema*⁶, cit., p. 1019, nota 3; BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 710; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 12. E v. da ultimo, in giurisprudenza, Cass., 11 marzo 1965, n. 398, in *Mass. Giur. it.*, 1965, c. 129.

(¹¹⁷) Dal MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 19-20, con vari e significativi esempi.

(¹¹⁸) La questione praticamente di maggior interesse, che al proposito sorge, riguarda infatti per la successione intestata (in ordine alla successione « necessaria » il problema, d'altronde di ancor più sicura soluzione, abbraccia ogni ipotesi di attribuzione nel testamento della quota di usufrutto riservata *ex lege* al coniuge, in presenza dell'art. 547, nonché di attribuzione al figlio naturale della legittima nel caso di cui all'art. 541) l'ipotesi di chiamata testamentaria di discendenti legittimi, figli naturali e/o coniuge, in quote corrispondenti a quelle rispettivamente stabilite dall'art. 581 o dall'art. 574 (MENGONI, *op. cit.*, p. 20), a causa dell'esistenza (devo-

21. — Conviene tornare brevemente, dopo aver accennato a due importanti ripercussioni ermeneutiche del rigetto del dogma di supremazia della successione familiare, al problema della diseredazione.

La critica sin qui sviluppata dimostra infondato il principio che secondo molti, immanendo al nostro sistema successorio, renderebbe in esso affatto impossibile concepire una efficacia puramente « negativa » del testamento. Si è visto come l'argomento incidente sulla teoria del testamento negativo sia tratto da un altro corollario comunemente accettato del dogma in discorso: l'asserita inammissibilità che una semplice modifica del regolamento della vocazione legale costituisca, direttamente, il contenuto di un testamento. Così, ad esempio, il testatore non potrebbe limitarsi a modificare l'ordine dei chiamati, ad escludere il diritto di rappresentazione, a sovvertire i rapporti di

luzione *ex lege*) o meno (devoluzione testamentaria) della facoltà di commutazione (cfr. art. 581, comma 3 e art. 574, comma 2). Per le applicazioni giurisprudenziali (che generalmente si riferiscono all'art. 547: ma la soluzione non sarebbe diversa negli altri casi indicati, come spesso le motivazioni hanno sottolineato), cfr., sempre nel senso del rifiuto della facoltà di commutazione, Cass., 12 giugno 1957, n. 2208, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1144 ss., con nota adesiva di G. STOLFI; Cass., 8 novembre 1955, n. 3677, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 88; Cass., 23 ottobre 1954, n. 4026, in *Giust. civ.*, 1955, I, c. 1929-1931; già Cass., 22 giugno 1945, n. 462, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, p. 30-31, con nota di TORRENTE; e, pare, Cass., 23 marzo 1959, n. 889, in *Foro it.*, 1960, I, c. 2072; inoltre App. Cagliari, 8 maggio 1963, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1185-86; App. Firenze, 27 aprile 1956, in *Giur. tosc.*, 1957, p. 73 ss., con nota di CALOSI; App. Palermo, 24 marzo 1950, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1271-72; adde la lontana massima di App. Palermo, 7 aprile 1941, commentata da CICU in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 482. *Contra*, ma per una corretta interpretazione della scheda testamentaria (da cui risultava chiara la mancanza di una volontà di disporre, e il significato puramente comunicativo della dichiarazione), App. Milano, 18 dicembre 1953, in *Foro pad.*, 1954, I, c. 154-156. Sul punto si veda anche DE LONGHI, *Il legato di usufrutto al coniuge superstite e l'art. 547 cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.*, 1944, I, p. 105 ss.

questa con l'accrescimento ⁽¹¹⁹⁾. È la via per la quale si ritiene di poter pervenire, rendendo superflui ulteriori approfondimenti, all'invalidità della disposizione di mera esclusione, come quella che si limita precisamente a mutare l'ordine delle chiamate legali ⁽¹²⁰⁾. Ma ovviamente, anche a voler consentire sulla sua intrinseca coerenza, l'illazione cade insieme alla premessa.

Spogliata da devianti sovrapposizioni, l'indagine sulla diseredazione ritrova in tal guisa i suoi veri termini e la sua vera prospettiva: i quali la riportano al problema del concetto normativo di testamento emergente dalla propria e specifica disciplina dell'atto; e, in particolare, al problema dell'ambito, della

⁽¹¹⁹⁾ SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 200; e CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 24 e 27; CICU, *Le successioni*, cit., p. 149; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 246, e in *Foro pad.*, 1955, I, c. 51 (analogamente in *Successioni in generale*, cit., p. 70, richiamando la natura « dispositiva » delle norme sulla vocazione legittima, ma non più la tesi della loro preminenza). Nello stesso senso, però in base a diverse argomentazioni, C. A. FUNAIOLI, *La successione dei legittimari*, cit., p. 50 (che porta in campo, ma sembra allargandolo oltre ogni ragionevole limite, il principio di completezza del negozio solenne); PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 25 (che ricerca la *ratio decidendi* nella « causa » delle disposizioni testamentarie); GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 10 (il quale esclude che l'invalidità dipenda dalla prevalenza della successione legittima, e tuttavia l'afferma apoditticamente).

Alla semplice clausola di esclusione del diritto di rappresentazione riconoscono efficacia nella successione testamentaria (ma non nella successione legittima), CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 114, e L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 181 (sul presupposto che si sia allora in presenza di un « lascito personale per volontà del testatore »); ma v. *contra*, anche in questa ipotesi, BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 663 (perché si avrebbe pur qui una diseredazione, che l'a. giudica come tale invalida: p. 657).

Quanto al caso di disposizione testamentaria statuente che l'accrescimento prevalga sulla rappresentazione, cfr. invece, per un'assai tranquillante soluzione nel senso della validità, SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 187 (in applicazione dell'art. 467 cpv.).

conformazione e dei limiti da quest'ultima assegnati al « contenuto » dello stesso.

Nonostante la sostanziale unità di tale problema, si è voluto anticipare l'esame di una impostazione di più generale portata sistematica, che sulla sua elaborazione fa indubbiamente pesare la pregiudiziale di un aprioristico orientamento restrittivo, e soprattutto avrebbe portato a mettere già fuori discussione la configurabilità di una disposizione testamentaria « negativa ».

Superata questa pregiudiziale, al tema appena accennato bisognerà ora dedicare l'attenzione.

(¹²⁰) Si cfr. gli autori citati *retro*, nota 2, la cui asserzione riecheggia quella, ormai assai lontana nel tempo, di TROPLONG, *Des donations entre-vifs et des testaments*³, II, cit., n. 830, p. 232: « il n'est au pouvoir de l'homme de déranger l'ordre des successions ab intestat que par la création d'un ordre nouveau » (pur riferita direttamente alla diseredazione, nell'autore francese l'impostazione — formulata in termini così generali — appare oltre tutto antistorica solo che si ponga mente all'istituto *coutumier* del *rappel*, il quale rispondeva precisamete alla funzione di modificare l'ordine successorio legale lasciando per il resto impregiudicata la devoluzione *ex lege*; v. LAMBERT, *op. cit.*, p. 459 ss., e 554 ss.).

SEZIONE II

IL CONTENUTO DEL TESTAMENTO

SOMMARIO: 22. Altre possibili riserve contro la validità della disposizione « negativa », legate ad una stretta problematica di « contenuto » del testamento. - 23. Autonomia privata e diritto successorio. - 24. Le contestazioni della teoria generale del negozio in rapporto alla disciplina positiva. - 25. Conciliabilità con l'individuazione del testamento quale atto di autonomia, sul piano della tipologia della realtà sociale. - 26. Un avvio recente al completo distacco del testamento dalla zona dell'autonomia privata. - 27. Un'accentuazione: la riduzione del testamento a semplice presupposto (di fatto) di effetti meramente legali. - 28. Gli argomenti logico-formali. Critica. - 29. Analisi dei dati normativi che contraddirebbero (e invece non smentiscono) la « negozialità » del testamento. - 30. Senso e limiti di un richiamo alla categoria del negozio giuridico di fronte al codice vigente. Dal concetto classificatorio al concetto interpretativo-normativo: il ragionamento per analogia, l'art. 1324, il criterio della compatibilità. - 31. Il principio ricavabile dall'art. 1322, comma 2, e la « tipicità » in materia di negozi patrimoniali. Discussione della regola del numero chiuso delle disposizioni testamentarie. - 32. In particolare: la « coazione del tipo » e i negozi unilaterali. - 33. L'unità del testamento in senso proprio, come « tipo » di negozio, e l'autonomia delle singole disposizioni (che, nell'ambito della funzione descritta dall'art. 587, comma 1, possono anche essere « innominate »). - 34. Riflessi della clausola dell'« interesse meritevole di tutela » in tema di controlli sull'esercizio della libertà testamentaria. - 35. Limiti immanenti all'autonomia negoziale (in genere, o *mortis causa*), dignità dell'interesse privato, e diseredazione. - 36. L'assunto della natura esclusivamente « attributiva » del testamento. Spunti critici. Pregiudiziale irriducibilità della figura definita nell'art. 587, comma 1, allo schema dell'atto di disposizione in senso tecnico. - 37. Contenuto del testamento e attribuzione patrimoniale: l'esame del materiale normativo non conferma la tesi « attributiva ». - 38. Altra casistica in tema di disposizioni non attributive. - 39. Il concetto di « disposizione » nella definizione dell'art. 587, comma 1. Analisi del lin-

guaggio legislativo. La « disposizione » testamentaria come regola. -
40. Significato relativo della contrapposizione tracciata dall'art. 588. -
41. Esigenza, per il sistema vigente, di un allargamento della nozione di testamento ad atto di regolamento patrimoniale di ultima volontà. Conclusioni sul contenuto del testamento. Ammissibilità della disposizione « negativa ».

22. — Come si è avvertito fin dall'inizio dell'indagine, pur tolto di mezzo ogni diretto influsso del « giudizio di valore » in precedenza contestato, la ricezione del concetto di efficacia testamentaria meramente « negativa » incontra notevoli ostacoli in un ambiente scientifico come il nostro, tuttora profondamente impregnato della tradizionale idea che il testamento sia essenzialmente e per sua natura atto di (positiva) « attribuzione » patrimoniale; e in cui, per altro verso, nemmeno chiarito appare il posto spettante all'atto di ultima volontà nella sfera di operatività dell'autonomia privata.

Per prospettarsi un quadro verosimilmente completo delle difficoltà, che sotto gli accennati riguardi una teoria della disposizione testamentaria « negativa » deve superare, basta porre mente alle seguenti comuni affermazioni dottrinali: a) nel campo del diritto successorio, contrariamente a quanto avviene in materia contrattuale (art. 1322 c. civ.), non giuoca il principio di autonomia negoziale (almeno nel suo più intimo significato), ed anzi vige un regime di tassativa « tipicità », tale da comportare già di per sé l'inefficacia di una disposizione non espressamente prevista dalla legge; b) la stessa definizione legale del testamento (art. 587, comma 1, c. civ.) raffigura il negozio come strumento di positiva « attribuzione » di beni.

Esistono poi altre linee di resistenza, nei confronti di una nuova e più ampia ricostruzione ermeneutica del « contenuto » del testamento c. d. « in senso sostanziale »: al quale il discorso sarà qui ristretto, accettandosi la comune opinione, che di testamento in senso proprio si possa parlare solo con riguardo

all'atto definito nel primo comma dell'art. 587 ⁽¹⁾. Nella dottrina dominante, per esempio, appare evidente, sebbene spesso implicito, il convincimento che una qualificazione del negozio testamentario semplicemente in termini di « atto di autoregolamento » patrimoniale di ultima volontà — come quella che verrà gradatamente delineandosi nelle pagine che seguono — porterebbe ad un allargamento eccessivo, e inammissibile di fronte alla differenziata casistica legislativa, del concetto di testamento.

Si tratta di vedere se le posizioni di pensiero appena indicate reggano a un ripensamento critico.

23. — Cominciamo dalla tesi, secondo cui il principio di autonomia negoziale sarebbe talmente estraneo alla materia testamentaria, e per contro ad essa così intrinseco un regime di rigida « tipicità », da escludere senz'altro configurabilità e validità di una disposizione non rientrante tra le tassative figure

(¹) Coerentemente all'impostazione così seguita (v., per il punto specifico, già Salv. ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia*, in *Annali dell'Univ. di Perugia*, XLIV, 1932, p. 91 ss.; e, più di recente, ad es. ALLARA, *Principi*, cit., p. 103-104) va altresì accolta la precisazione (GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, p. 51 ss., 58 ss., 322-325), secondo cui né il concetto di atto *mortis causa* si identifica per definizione con quello di atto di ultima volontà; né la nozione di negozio d'ultima volontà coincide con quella di testamento, in quanto la prima comprende anche molte tra le c.d. « dichiarazioni atipiche testamentarie » (art. 587, comma 2), le quali non integrano testamento in senso proprio. Per una sintesi della sistemazione data alla materia dell'atto *mortis causa* dal GIAMPICCOLO, v. anche la voce *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss. Di tale sistemazione, per le ragioni che appariranno in seguito, solo due aspetti non sembra possano condividersi: quello, sostanziale, concernente la definizione del testamento come atto di attribuzione operante esclusivamente attraverso l'istituzione di erede e il legato; l'altro, formale, relativo appunto a quest'ultima denominazione (che sfugge a riserve, unicamente se intesa in senso non tecnico).

nominate dalla legge. L'asserto conduce direttamente nel cuore di un problema di fondo, che è quello del ruolo e dei limiti competenti all'autonomia negoziale nel diritto successorio.

Va subito detto che, probabilmente, sul tema accennato contribuisce a creare equivoci la scarsa chiarezza riscontrabile nella nostra letteratura intorno allo stesso rapporto del testamento con la nozione di autonomia privata ⁽²⁾: evidente incongruenza in una dottrina che da tempo, superato l'estremo « dogma » volontaristico, tende a impennare sul concetto di autonomia privata l'intera costruzione del negozio giuridico ⁽³⁾. L'incongruenza si spiega con il metodo seguito nell'elaborazione del concetto medesimo, che è stata svolta unicamente (o quasi) dal punto di vista contrattualistico ⁽⁴⁾: cioè da una prospettiva singolarmente unilaterale, almeno per correnti di pensiero che riaffermano in via programmatica la legittimità e necessità di una teoria generale del negozio ⁽⁵⁾.

Le reazioni non sono mancate. Si è passati da sempre più stringenti attacchi contro la teoria negoziale, imputata di trascurare le particolarità normative ⁽⁶⁾; ad un'accentuazione della frattura tra i due tradizionali poli della dottrina del negozio giuridico — il contratto e il testamento — operata quando si è messa sostanzialmente in dubbio l'appartenenza del secondo alla

⁽²⁾ Sottolineava questa carenza già L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 1-2.

⁽³⁾ V. specialmente BETTI, *Teoria generale del negozio* ², cit., p. 40 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 90 ss.

⁽⁴⁾ Esempiare la dimenticanza di cui è oggetto il testamento nel citato contributo dello Scognamiglio: la lacuna è rilevata anche da RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, p. 205.

⁽⁵⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio* ², cit., p. 38, 51 (in nota 1); SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 8-12, 80-82.

⁽⁶⁾ CARRESI, *Recensione a Scognamiglio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 492 ss.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, p. 204 ss.

zona dell'autonomia privata ⁽⁷⁾; infine a una diretta e radicale contestazione del carattere « negoziale » dell'atto testamentario ⁽⁸⁾.

Talora impostato in termini meramente concettuali, il problema può uscire da siffatto terreno, per tradursi in una riflessione sull'attuale valore interpretativo di un riferimento del testamento all'autonomia privata, e — correlativamente — sui limiti della « libertà » testamentaria nel sistema vigente.

24. — Tra le prese di posizione sopra ricordate per prime, la più ampia e penetrante si è sviluppata nell'ambito di un'indagine sull'interpretazione del testamento ⁽⁹⁾. Sarebbe lo stesso esame della disciplina legislativa, svelando incrinature notevoli dei principi accolti dalla teoria negoziale (costruita con riguardo al contratto), se osservati dal punto di vista del testamento, a sollecitare una revisione della teoria generale del negozio ⁽¹⁰⁾. In particolare, per quanto concerne l'interpretazione, rileverebbe il diverso valore che il linguaggio, come fatto dell'ambiente sociale, assume per il contratto e per il testamento, nell'un caso imponendo l'ordinamento il canone ermeneutico della buona fede (art. 1366 c. civ.), nell'altro operando liberamente l'interpretazione individuale ⁽¹¹⁾. Ma un'ulteriore ed assai profonda discrepanza si manifesterebbe nell'atteggiarsi del principio di conservazione e del canone della totalità: che si riferirebbero al « momento » della determinazione volitiva al compimento dell'atto (dichiarazione) nel testamento, a quello dello scopo perseguito e degli inte-

⁽⁷⁾ G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, ediz. provv., Milano, 1965, p. 35-63.

⁽⁸⁾ LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., *passim*.

⁽⁹⁾ RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 1 ss. (sull'impostazione prescelta per la ricerca), 181 ss. (per le conclusioni).

⁽¹⁰⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 181, 183, 200 ss.

⁽¹¹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 196-200, 209.

ressi regolati con l'atto di autonomia nel contratto ⁽¹²⁾. Quanto poi alla definizione del negozio come « autoregolamento di privati interessi », la formula, « probabilmente corretta per il negozio patrimoniale tra vivi », sarebbe inidonea a spiegare il negozio testamentario: all'autonomia e all'impegnatività caratteristiche del primo, si contrapporrebbero nel secondo l'« eteronomia » (per i destinatari della dichiarazione) e l'ambulatorietà (della volontà testamentaria) ⁽¹³⁾.

Nella tesi enunciata possono distinguersi due aspetti: la critica sostanziale al « concetto » di negozio giuridico; quella, che potrebbe rivelarsi solo marginale, se non terminologica, alla formula dell'« autoregolamento ».

Sotto il primo profilo, si assiste alla riaffermazione e all'approfondimento dei più validi motivi su cui fondano l'opposizione alla teoria negoziale, o almeno le ritornanti perplessità in ordine alla sua utilità e congruenza ⁽¹⁴⁾. Si tratta, senza dubbio, di rilievi calzanti e giustamente tesi a mettere in guardia contro il metodo delle arbitrarie generalizzazioni, caratteristico della *Begriffsjurisprudenz*.

Ciò che tuttavia resta da verificare è se fra i due istituti considerati non permanga un pur minimo comun denominatore, che renda possibile quanto meno entro certi limiti (e se condotto

⁽¹²⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 153-161, 209-210. Conforme, come si è ricordato, CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, cit., p. 45-46.

⁽¹³⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 205.

⁽¹⁴⁾ Nella più recente dottrina italiana, queste resistenze trovano com'è noto espressione soprattutto nel pensiero di ALLARA, *La teoria generale del contratto* ², cit., p. 14, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5ª ed., Torino, s.d. (ma 1958), p. 168 ss., *La revocazione*, cit., p. 89 ss., *La successione testamentaria*, I, Torino, s.d. (ma 1944), p. 17 ss.; di CARRESI, *Recensione a Scognamiglio*, cit., p. 492 ss., e *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 269 ss.; e di GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 77-81, 211-213, e *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.

con una certa impostazione mentale) un procedimento di astrazione utile a fini strettamente ermeneutici. In fondo, neppure le più dirette riserve testé segnalate sembrano troncare ogni punto di contatto fra le *figurae iuris* in questione. Così, quando si affermi che nei contratti la norma dell'art. 1362 prevale (nella misura in cui si realizzi in concreto la sua applicabilità) su quella dell'art. 1366 ⁽¹⁵⁾, parrebbe già individuato sul terreno dell'inter-

⁽¹⁵⁾ In quanto la prima assicura appunto (anche se soltanto) « la prevalenza del significato voluto da tutti i contraenti sul significato oggettivamente riconoscibile » (RESCIGNO, *op. cit.*, p. 198 s., instaurando proprio per questa via un parallelismo tra gli art. 1362 e 1366 c.civ. da un lato, e i § 133 e 157 B.G.B. dall'altro). V., seppure in varia maniera, per quest'ultima prevalenza anche ALLARA, *La teoria generale del contratto* ², cit., p. 98 s., 171; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 711-713, 523; CARRESI, *Note in tema di interpretazione del contratto*, in *Synthese V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 426, 433-436, e *L'interpretazione correttiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 327 s. (diversa la via battuta in *Apparenza e realtà del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 479 ss.); SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1347, nota 8; sostanzialmente SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 174 ss. Nella letteratura tedesca, da ultimo, BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe, 1960, p. 100 s. (sebbene in una prospettiva di marcata rivalutazione delle impostazioni « soggettivistiche »: v. la severa recensione di RAMM, in *Arch. f. civ. Praxis*, 160, 1961, p. 74 ss.); FLUME, *Das Rechtsgeschäft* (2° vol. dell'*Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts*, in *Enzykl. des Rechts- und Staatswissenschaft*), Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 301, 303 s., 306 s.; NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II, in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 15ª ed., Tübingen, 1960, p. 1032 (IV), 1250. Contro L. FERRI, *Errore ostativo e interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 1506 ss. (criticato da OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 502 in nota); e, sembra, BETTI, *Teoria generale del negozio* ², cit., p. 109; v., inoltre, pur senza esser esplicito sul punto in questione, BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 65 ss., specie p. 80. Peraltro, potrebbe anche dubitarsi che un'interpreta-

pretazione un « elemento comune » ai vari negozi ⁽¹⁶⁾. Forse alquanto problematico potrebbe poi rivelarsi anche il criterio discrezionale su cui viene fondata la netta contrapposizione di funzionamento e di scopi, che caratterizzerebbe il principio di conservazione riguardo al contratto e al testamento. Difatti non sembra fuori dalla realtà ritenere che nelle ipotesi esaminate per il testamento (art. 624 comma 2, 626, 634, 647 comma 3) la valutazione del « momento » della determinazione volitiva nella posizione dell'atto vada normalmente compiuta anche tenendo conto dello scopo perseguito con lo stesso ⁽¹⁷⁾; e pensare, viceversa, che nelle ipotesi esaminate per il contratto (art. 1419 comma 1, 1420, 1424, 1446, 1459, 1466), la valutazione dello scopo e dell'interesse che stanno alla base dell'atto di autonomia non possa prescindere dalla ricerca sulla determinazione volitiva « comune » (a

zione contraria all'accertabile significato « comunemente » attribuito dalle parti alla dichiarazione, ed invece conforme al significato oggettivamente riconoscibile alla stregua del modo d'intendere dell'ambiente sociale, sia da considerare (*inter partes*) « secondo buona fede » ai fini dell'art. 1366 c. civ.: v., per un cenno, FLUMB, *op. cit.*, p. 308.

⁽¹⁶⁾ V., per un accenno alla possibilità di accostamento, anche sotto tale profilo, tra la « comune intenzione » (come fatto « intersoggettivo ») nei contratti e la « volontà individuale » nei negozi *mortis causa*, PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 477-479.

⁽¹⁷⁾ Dovrebbe anzi tenersi conto solo di quest'ultimo dato secondo GIUSIANA, *Movente e motivo illecito della disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 969 ss. Diforme, in linea generale, DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, 1939, p. 7 ss., 23 ss.; dubbioso per il testamento (ma concorde per il contratto, perché, volendosi instaurare un coordinamento tra l'art. 1345 e l'art. 2035, « dovrebbe essere l'art. 2035 a chiarire il senso e la portata dell'art. 1345 »), RESCIGNO, « *In pari causa turpitudinis* », in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 16-17. Diversa appare ad ogni modo la portata della nozione, nel sistema delle norme (art. 625, comma 2, 787) che concedono rilevanza all'errore sul motivo: PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 360, 518.

cui appunto bisogna riportarsi, come primo indice rivelatore dello scopo e dell'interesse dedotti in negozio) ⁽¹⁸⁾.

Comunque sia, è in ordine ad aspetti ben diversi che, in questa sede, interessa meditare la legittimità di un prudente accomodamento dei negozi contrattuale e testamentario.

25. — Nel giudizio circa la possibilità di estendere la formula dell'« autoregolamento di interessi » all'atto testamentario, occorre tener presente lo scopo e il significato dell'accennata definizione del « concetto » di negozio giuridico. Questa tende a individuare l'« elemento di fatto » — o, in altri termini, il dato attinente alla « tipologia della realtà sociale » ⁽¹⁹⁾ — del feno-

(18) V., su alcuni aspetti del problema, per la nullità parziale CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 118 ss., 230 ss., ma anche BETTI, *op. cit.*, p. 488, e già NICOLÒ, in *Riv. dir. nav.*, 1939, I, p. 383; per la conversione MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 114 s.; in ordine ad entrambi gli istituti, SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., rispettivamente p. 247 e 232 s. Cfr., da ultimo, anche G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 278 ss.; SANDROCK, *Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 159, 1960.

Piuttosto risalta qui la sostanziale diversità, di presupposti e di situazioni regolate, esistente tra le norme in parola, pur al di là della generica somiglianza derivante dall'analoga tensione al risultato di un « mantenimento » del negozio e dall'uguale apparente richiamo a quella « specie di calcolo di probabilità retrospettivo » (PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 80), che è stato collegato al concetto di « futuribile » (v., per riserve in ordine alla possibilità di ridurre ad unità la serie di ipotesi normative considerate, GRASSETTI, voce *Conservazione*, cit., p. 176).

(19) Per usare la nota formula di ASCARELLI, ad es. *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 75 ss., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, ivi, p. 175 ss., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, ivi, p. 185 ss. Concetti analoghi in SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 354-355.

meno negoziale, senza pregiudicare minimamente il riconoscimento di differenze anche profonde tra i vari tipi di negozi sotto il profilo della struttura e della disciplina ⁽²⁰⁾. L'individuazione avviene esprimendo nell'atto di autonomia privata (precisato, sul piano morfologico ed extra-giuridico, come atto di autonomia « sociale ») l'essenza pratica e funzionale del negozio ⁽²¹⁾. Se ci si attiene al ben definito ambito di simile prospettiva, è probabile che talune preliminari perplessità risultino superabili. In particolare, quella concernente il sottolineato carattere di « impegnatività » dell'atto di autonomia, che non è concepito come rife-rentesi ad un vincolo materiale del tutto irrevocabile per l'autore, e non rende quindi la formula automaticamente inutilizzabile per il testamento ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ V., ad esempio, SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 2428, p. 79-89.

⁽²¹⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 90 ss.; anche BETTI, *Teoria generale del negozio* ², cit., p. 40 ss. Qualche dubbio circa la sempre mantenuta distinzione di piani, e la compiutamente raggiunta giustificazione di eventuali spunti unitari sul piano della disciplina, in PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 127 ss., 157 ss. Riguardo poi al concetto di « autonomia sociale », fondata appare la precisazione che l'atto di autonomia, una volta avvenuta la « recezione » da parte dell'ordinamento, non permane con caratteristiche immutate, venendo a porsi in « funzione di una esperienza che si presenta come giuridica per definizione »: SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso*, cit., p. 1359, nota 41, e nello stesso senso PIETROBON, *op. cit.*, p. 155 (peraltro questi rilievi non vogliono incidere sull'esattezza dell'intuizione, che sta al fondo delle concezioni esaminate).

⁽²²⁾ L'« impegnatività » è invece intesa nel senso, per vero assai sfumato, di « irretrattabilità » della dichiarazione, conseguente alla stessa esistenza del negozio (MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 60; SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 279 ss.) e quindi come profilo del tutto indipendente e distinto rispetto alla « revocabilità », che anzi lo presupporrebbe (cfr., esplicitamente, BETTI, *op. cit.*, p. 165, nonché SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 282, e soprattutto p. 299 ss.). V. tuttavia, al proposito, il rilievo di SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuri-*

Nemmeno altre incertezze terminologiche appaiono determinanti ⁽²³⁾. Come generale esplicazione dinamica dell'autonomia privata, l'« autoregolamento » sembra si specifichi e vada inteso non con riguardo al « destinatario » della regola (regolamento imposto a se stesso), bensì in rapporto all'« autore », ossia nel senso di regolamento posto da sé ⁽²⁴⁾. Perciò non basta segnalare la direzione ad estranei (o la revocabilità) del testamento, per escludere che esso costituisca un « atto di autoregolamento di privati interessi » ⁽²⁵⁾, cioè appunto un atto di privata autonomia ⁽²⁶⁾. Né in pro-

dico, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 207 (in fondo); e cfr. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, cit., p. 377, nota 39 (che accede ad un significato ancor più lato della « impegnatività », riferendolo ad ogni dichiarazione). Decisamente contrario all'impostazione surriferita TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 163 ss.

⁽²³⁾ Piuttosto è verosimile che la formula dell'« autoregolamento di interessi » assuma un valore in certo modo traslato per ogni tipo di negozio: giacché, a rigore, non l'interesse (anche quello dedotto in negozio) immediatamente si « regola » (o meglio si « programma ») con l'atto di autonomia, bensì il risultato effettuale, alla cui realizzazione il negozio tende (e il soggetto ha interesse). V., per qualche cenno sul tema, BARCELLONA, *Profili*, cit., p. 150-154; CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione »*, cit., p. 54 ss.; LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 14 s.

⁽²⁴⁾ Analogamente, ora, CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 424 (il quale però propone di definire il testamento come negozio « prescrittivo » o « programmatico », in contrapposizione ai negozi « precettivi »: soluzione puramente verbale, e anche terminologicamente poco felice).

⁽²⁵⁾ Esplicitamente per tale qualifica CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 55, che anzi vede nel testamento « una delle più sintetiche espressioni dell'autonomia »; ma la stessa visuale è sottintesa anche in BETTI, *Teoria generale del negozio* ², cit., ad es. p. 60, e in SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., ad es. p. 82, 122. Così pure FLUMB, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 6, 8.

⁽²⁶⁾ V., per due richiami incidentali, MANICK, *Studi di diritto italiano*

posito varrebbe obiettare, che non gli interessi del testatore sono regolati nel testamento, e ancor meno i suoi rapporti giuridici (in quanto l'atto, operando dopo la morte, viene ad incidere su rapporti che necessariamente non sono più del *de cuius*) ⁽²⁷⁾. Il rilievo non coglierebbe nel segno per due ragioni: è perfettamente configurabile un interesse attuale del testatore (interesse dedotto in negozio) a che i suoi beni siano *post mortem* devoluti in un certo modo (o, più in generale, a che certe situazioni effettuali si producano in connessione con l'attuarsi del fenomeno devolutivo), non risultando da questo punto di vista per nulla preclusiva la scissione tra momento dell'atto e momento dell'effetto ⁽²⁸⁾; se certo dal testamento non sorgono rapporti per il testatore, derivano peraltro (ed è su ciò che fa perno una precisa nozione di efficacia negoziale) « vicende » di rapporti (o, più ampiamente, di « situazioni giuridiche ») del testatore, dal testatore medesimo predisposte in previsione — ed anzi in funzione — della morte ⁽²⁹⁾.

e tedesco sulla natura e l'inquadrimento sistematico degli atti giuridici privati, in *Annuario di dir. comp. e di studi legisl.*, 2^a serie, XVI, 1941, p. 140; OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 70.

⁽²⁷⁾ L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., rispettivamente p. 74, 44, e p. 71 (ove è però esatta l'obiezione a Betti): il ragionamento non è svolto tuttavia dall'a. per negare l'esistenza di una nota comune sul piano della realtà sociale fra negozi *inter vivos* e *mortis causa*, bensì per confutare la definizione di negozio come « autoregolamento di interessi », ed approdare alla concezione « normativa » dell'autonomia privata (v., a quest'ultimo riguardo, la risposta di SCOGNAMIGLIO, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 185).

⁽²⁸⁾ V., di sfuggita, MENGONI *Successione legittima*, cit., p. 10-11; PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 481, 525 s.; e cfr. anche GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 103, 129, 204; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, cit., p. 79.

⁽²⁹⁾ Da tempo esaurita è d'altra parte la sterile discussione, su come possa tecnicamente spiegarsi l'efficacia del negozio in un tempo in cui più non esiste la volontà dell'autore: v., per un superamento, già ALLARA, *Il testamento*², cit., p. 112; ed ora CICU, *Testamento*², cit., p. 34. BETTI, *Teo-*

Quindi la scelta terminologica può anche essere convenzionale; ma ove si ammetta che — pur nelle indubbie divergenze strutturali, funzionali e di disciplina — i vari negozi (compreso il testamento) rinvencono nell'accennata costante fisionomica emergente dalla realtà sociale la loro matrice comune, il vero problema appare quello di sperimentare su indici normativi se, e fino a che punto, la constatazione presenti qualche utilità per l'interprete, consentendo una per quanto cauta e circoscritta apertura verso forme di ragionamento analogico.

26. — Tuttavia non sono mancati, da ultimo, tentativi di disconoscere la stessa appartenenza del testamento alla sfera di azione dell'autonomia privata. Una prima presa di posizione in tal senso ha tratto spunto dalla problematica della « causa » e del « tipo » negoziali. Anche al riguardo rileverebbe l'antitesi fra testamento e contratto; ma a spiegarne compiutamente ragioni e termini occorrerebbe andare oltre la semplice « fase descrittiva », per penetrare più a fondo l'intima natura dei due atti, muovendo dalla relazione in cui ciascuno di essi si pone con i rispettivi effetti ⁽³⁰⁾. Da questa analisi emergerebbero diversità quanto mai nette: nel contratto la « regola » negoziale costituirebbe insieme la fonte « creatrice » e quella « ordinatrice » del rapporto; la stessa caratteristica non sarebbe rintracciabile nel testamento, la sua forza creatrice risultando più apparente che reale ⁽³¹⁾. Il testamento, in verità, si limiterebbe « ad una fun-

*ria generale del negozio*², cit., p. 60, ripropone di recente la questione, per affermare che la difficoltà può venir sormontata soltanto con la teoria « precettiva »: sul che si mostra a ragione scettico CARRESI, *Recensione a Scognamiglio*, cit. p. 491.

⁽³⁰⁾ G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 40-45.

⁽³¹⁾ G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 52-53: in sostanza (a parte la palese improprietà nell'uso del termine « rapporto », qui riferito anche alla successione) la nota differenziale sarebbe da cogliere in ciò, che con il contratto « le parti veramente creano qualche cosa che prima non c'era e che senza

zione di indirizzo della vocazione ereditaria », indirizzo oltre tutto non sempre vincolante per l'ordinamento ⁽³²⁾. E di fronte a questa mancanza di disponibilità del « rapporto » da parte dell'autore dell'atto, per il motivo che non è l'atto a creare il « rapporto » (cui solo propone una direttiva), non vi sarebbe in materia testamentaria spazio per i peculiari problemi dell'autonomia privata; si spiegherebbero le divergenze di disciplina rispetto al negozio contrattuale; e in definitiva apparirebbe chiaro che nulla v'è di comune fra contratto e testamento, a meno di tornare all'antica concezione del negozio come semplice atto di volontà ⁽³³⁾.

La tesi si riporta direttamente all'autorevole opinione, che nega al testamento la qualifica di fonte immediata della vocazione ereditaria, per riservarla sempre alla legge ⁽³⁴⁾; e di cui, per vero, l'esclusione dell'indole negoziale (o di atto di autonomia privata) del testamento era stata da tempo prevista come uno tra i possibili, anche se probabilmente non richiesti sviluppi ⁽³⁵⁾. Si tratta nondimeno di opinione la quale, pur contenendo senza dubbio elementi di verità (specie per quanto riguarda l'e-

il loro intervento non si sarebbe mai verificata »; invece il fenomeno successorio lo crea la legge.

⁽³²⁾ G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 57.

⁽³³⁾ G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 59-60.

⁽³⁴⁾ NICOLÒ, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 16 ss. V., per un fugace cenno adesivo, CARRESI, *Recensione* a Scognamiglio, cit., p. 494; e per un (in certo senso) lontano precedente — però senza dubbio con presupposti, motivazioni e svolgimenti assai diversi — BRUNETTI, *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*, in *Scritti giuridici vari*, IV, Torino, 1925, p. 296 ss.

⁽³⁵⁾ OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 69, che nelle p. seguenti anticipa una vigorosa critica di tale possibile applicazione. Per quest'ultima, v. già un confuso spunto in RADAELLI, *L'eredità giacente*, cit., p. 82, e nota 24; e GIUSIANA, *Appunti sull'accrescimento ereditario*, in *Riv. dir. priv.*, 1941, II, p. 44 ss.

satta messa a fuoco del particolare rilievo spettante all'evento morte nel meccanismo della vicenda successoria) ⁽³⁶⁾, non ha incontrato il favore della nostra dottrina ⁽³⁷⁾. Essa, d'altra parte, va inquadrata in un preciso contesto storico e culturale, apparendo inserita nel vivo di quel movimento di reazione contro il giusnaturalistico « dogma dell'onnipotenza della volontà », che in una certa fase della nostra storia giuridica condusse a riaffermare con grande vigore il ruolo dominante dell'ordinamento e della norma nel mondo del diritto e della dinamica giuridica ⁽³⁸⁾. Da questo punto di vista, il problema sollevato — traducendosi in quello, sempre centrale per la tematica del negozio, della « fonte » di giuridicità degli effetti negoziali ⁽³⁹⁾ — sembra potersi esaurire, almeno al livello che qui interessa, in una presa di coscienza

⁽³⁶⁾ Appunto in ciò vede a ragione il nucleo basilare che « spiega, e insieme delimita » il senso della tesi del Nicolò, BARBERO, *Le norme complete*, cit., p. 532; cfr., in precedenza, SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 197.

⁽³⁷⁾ In senso critico, oltre agli scrittori che saranno ricordati più avanti, anche M. ANDREOLI, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 196 ss., 256 ss.; BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 286 e nota 10; CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 78 e nota 1; DEgni, *Delle successioni testamentarie, Concetti generali*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio, cit., p. 366; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 4 e nota 3.

⁽³⁸⁾ V. anche PUGLIATTI, *Alcune note sulle successioni legittime*, cit., p. 382 ss., che però non nega, anzi riafferma la natura di negozio giuridico del testamento, e svolge un discorso generale, valido per ogni « effetto negoziale ». Che anche l'assunto del Nicolò — nonostante la riserva di p. 17 — si muova sostanzialmente in questa direttrice, sembrano confermare tra l'altro le affermazioni conclusive di p. 195, testo e nota 2.

⁽³⁹⁾ Esattamente BARBERO, *Sistema*⁶, II, cit., p. 1049, nota 1; nello stesso senso, in Francia, J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, cit., p. 248 (però ancora fermo alla critica di Brunetti). Sul problema di fondo, per un'impostazione di « taglio » filosofico, v. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 10 ss.; e PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico, Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, p. 11 ss.

del fatto che sul piano dell'ordinamento statale, in ultima analisi, tutti gli effetti negoziali derivano sempre dalla legge, in virtù del riconoscimento che questa concede all'autonomia privata ⁽⁴⁰⁾.

Si possono indicare alcune tra le principali obiezioni alla teoria in discorso. Intesa nel senso appena chiarito, l'asserzione che gli effetti dell'atto si producono per volontà della norma è vera per ogni negozio giuridico, e non esprime una caratteristica propria del solo testamento ⁽⁴¹⁾. Anche la circostanza che il testamento operi unicamente entro i precisi limiti fissati dalla legge, e che agli effetti riconducibili alla « disposizione » testamentaria si aggiungano effetti meramente legali, rientra fra le peculiarità di « ogni manifestazione di privata autonomia » ⁽⁴²⁾. Se dall'astratta e generica conseguenza di legge, per cui un fenomeno successorio deve comunque realizzarsi alla morte di un soggetto, si distingue correttamente il concetto di vocazione « concreta » (« di una certa persona in un certo modo e in una certa misura »), risulta chiaro che appunto la funzione di determinare

⁽⁴⁰⁾ Cfr., ad esempio, seppure con diversissime giustificazioni logiche, ALLARA, *op. cit.*, p. 44 ss.; BEITI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 46 ss., 84 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 61 ss.; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile*, cit., p. 81, 98 (in nota 51); SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 110, 127 s., 147 ss., 319 ss. Per le concezioni c.d. « normative » v., in proposito, L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 38 ss.; Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., p. 214 ss. (distinguendo tra effetto ed efficacia), *Autonomia privata (appunti)*, in *Studi in on. di F. Messineo*, IV, Milano, 1959, p. 349 ss., 371 ss. (in generale), e da ultimo, sinteticamente, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s.d. (ma 1964), p. 211-212.

⁽⁴¹⁾ RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 82, nota 2; e v. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 273 (in nota); J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, p. 248.

⁽⁴²⁾ SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 197; conformi OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 70; RUBINO, *op. cit.*, p. 81 (e nota 1), 82; da ultimo L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 216.

quest'ultima spetta sicuramente e immediatamente — ove esista — al testamento ⁽⁴³⁾. Inoltre, poiché la prospettiva criticata sarebbe al massimo suscettibile di valere per la designazione di erede, ma non anche per le altre molteplici determinazioni in cui può esprimersi il potere dispositivo del testatore, dal suo accoglimento scaturirebbe un'appariscente quanto artificiale contrapposizione in ordine all'intrinseca natura delle varie disposizioni testamentarie ⁽⁴⁴⁾.

Lo svolgimento della tesi, dal quale si sono sopra prese le mosse, presta il fianco ad ulteriori riserve. Qui non preme tanto seguire l'argomentazione in alcuni suoi passaggi particolari, che pure lasciano perplessi ⁽⁴⁵⁾, quanto mettere in luce un aspetto di ordine generale: perché si abbia vera esplicazione di autonomia privata non è affatto indispensabile che l'atto intervenga a « creare » dal nulla una « vicenda », un fenomeno della dinamica giuridica che altrimenti non si sarebbe mai in alcuna forma prodotto. Se così fosse, si dovrebbe ritenere che atto di autonomia manchi ogniqualvolta la determinazione privata sia diretta a regolare concretamente una vicenda, la produzione della quale risulti ad ogni modo genericamente resa necessaria dalla norma (con prefigurazione di una disciplina legale « dispositiva », per l'eventualità di assenza del regolamento « volontario »). Ma che sia vero il contrario confermano tra l'altro gli esempi del « contratto matrimoniale » (per il diritto vigente) ⁽⁴⁶⁾, e del « contratto successo-

⁽⁴³⁾ SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*, e L. COVIELLO jun., *op. cit.*, p. 215; ma soprattutto OPPO, *op. cit.*, p. 68. Cfr., inoltre, RUBINO, *op. cit.*, p. 75.

⁽⁴⁴⁾ CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 64, 59; FALZEA, *op. cit.*, p. 271-272, in nota (dando però particolare rilievo al profilo dell'accettazione); OPPO, *op. cit.*, p. 71; RUBINO, *op. cit.*, p. 74, nota 2. Ammette senz'altro l'accennata conseguenza, invece, RADAELLI, *L'eredità giacente*, cit., p. 82, nota 24.

⁽⁴⁵⁾ V. G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 57 (per un'asserita incompatibilità con il regime della nullità parziale), 60-63 (sul motivo illecito).

⁽⁴⁶⁾ Sulle « convenzioni matrimoniali » (art. 159 ss., c. civ.), in rap-

rio » (in linea teorica, e per i sistemi ove esso è positivamente ammesso) ⁽⁴⁷⁾: ipotesi alle quali sarebbe certo azzardato negare la qualifica di atti di autonomia privata negoziale, anzi più specificamente (malgrado le evidenti particolarità) contrattuale.

Vero è piuttosto che il testamento, a differenza del contratto (e di altri negozi *inter vivos*), non è destinato a creare un « rapporto » fra più soggetti interessati al negozio. Ma ciò dipende semplicemente dalla già ripetuta circostanza, che nel testamento manca un conflitto d'interessi rilevante sul piano negoziale; né d'altro canto può dirsi che la direzione a porre in essere un rapporto giuridico sia essenziale alla figura dell'atto di autonomia privata ⁽⁴⁸⁾.

27. — Ancora l'istanza di maggiore approfondimento in ordine al profilo effettuale dell'atto si rinviene al centro di una recente indagine sui rapporti tra autonomia privata e testamento. Ad inficiare però i risultati, certo assai originali, di un discorso pur significativo per la sua organicità e l'attenzione rivolta ai problemi

porto all'autonomia privata, v. per tutti BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 514 s., e TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 4^a ed., Torino, 1963, p. 3 ss., 37 ss., anche con osservazioni sui limiti in cui sono ammissibili convenzioni matrimoniali con contenuto « atipico » (la presenza, naturale nella materia, di numerose norme « inderogabili » dalle parti, non toglie sicuramente che si sia qui di fronte a peculiari manifestazioni di privata autonomia). Per l'esplicita affermazione del carattere contrattuale in senso tecnico delle « convenzioni » richiamate, v. altresì MESSINEO, voce *Convenzione (dir. priv.)*, nel cit. vol. dell'*Enc. dir.*, p. 512, e già voce *Contratto (dir. priv.)* cit., p. 817, nota 103.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ad esempio, per l'*Erbvertrag*, il § 1941 B.G.B., e circa il suo trattamento in diritto tedesco, per tutti, COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 165 ss. Sulla natura di negozio *inter vivos* (per quanto a causa di morte) del « contratto successorio », e sulla non contraddizione tra queste due qualifiche, v. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 52 ss.

⁽⁴⁸⁾ Giustamente CICU, *Testamento*², cit., p. 3.

di metodo, sembra intervenire proprio un limite che è anche metodologico: l'intero ragionamento appare ancorato ad una nozione preconcepita di atto di autonomia privata, supposta la quale non potrebbe non derivarne — con procedimento sillogistico rigorosamente consequenziale, e quindi con apparente ineluttabilità — la dimostrazione dell'assunto, che consiste nell'esclusione della natura « negoziale » del testamento.

È infatti chiaro che tale conclusione diviene obbligata, quando si muova da un « concetto » di negozio giuridico in cui venga elevata a caratteristica essenziale una corrispondenza, tra contenuto tipico della determinazione privata ed effetti giuridici, non solo tendenziale e normale, ma tanto più intensamente qualificata da risultare incompatibile con qualsiasi intervento normativo che superi la volontà effettuale consegnata nella « regola » privata; quando inoltre si postuli che simile corrispondenza debba necessariamente presentarsi in termini di legame diretto, immediato ed esclusivo dell'effetto all'atto; e quando, infine, venga correlativamente stabilito in via preventiva l'isolamento dell'atto testamentario dai suoi effetti « finali » ⁽⁴⁹⁾.

Di questo passo, peraltro, la denuncia di apriorismi dommatici e di petizioni di principio rischia di risolversi in un nuovo apriorismo costruttivo; la logica del « concettualismo », pur così vigorosamente respinta in sede programmatica ⁽⁵⁰⁾, non appare, in realtà, del tutto infranta. Naturalmente, la discussione sul « concetto » non è impedita dalla pregiudiziale anticoncettualistica ⁽⁵¹⁾; ma il pericolo di una sterile contrapposizione polemica,

⁽⁴⁹⁾ LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., ad es., p. 100 (e nota 39), 113 (e nota 71), 171 s., 182 s., 223 ss. (sul primo punto), p. 93 ss., 105, 125 ss., 130 ss., 139, 142, 166 ss., 218, 222 ss. (sul secondo), p. 178 ss., 242, 248 s. e nota 60 (sul terzo).

⁽⁵⁰⁾ LIPARI, *op. cit.*, con particolare scrupolo a p. 113 (nota 71) e 92 (nota 11).

⁽⁵¹⁾ Per la pacifica riaffermazione dell'imprescindibilità del lavoro di astrazione concettuale nello studio del diritto, v. fra tanti BOBBIO, *Scienza*

di un vizioso circolo chiuso, che qui affiora per la stretta dipendenza degli esiti dell'indagine da premesse generali non verificabili su basi certe, impone taluni chiarimenti metodologici, che assicurino consapevolezza del particolare terreno sul quale il discorso si deve muovere.

Punto di partenza è che rifiutare la *Begriffsjurisprudenz* significa soprattutto prendere coscienza del reale operare del giurista, sottraendosi all'illusione di una logica ineluttabilità della sua argomentazione ⁽⁵²⁾. Specie in quella fase dell'attività ermeneutica, che è stata definita di « ricostruzione tipologica della realtà sociale », l'interprete introduce necessariamente una serie di valutazioni, che occorre rendere esplicite e certo devono condurre tale ricostruzione ad « esser congrua con l'intelligenza della disciplina normativa in vista della quale è compiuta » ⁽⁵³⁾, ma la cui adeguatezza non è altrettanto certamente dimostrabile *geometrico more*: poiché le valutazioni alle quali

e tecnica del diritto, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, 1934, p. 22, e, vigorosamente, PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, ora in *Diritto civile*, cit., p. 667 ss.; ma anche, ad esempio, ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1959, p. 196 ss.

⁽⁵²⁾ ASCARELLI, *Prefazione a Probemi giuridici*, I, cit., p. IV ss.; Id., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 83 ss.; Id., *Tipologia della realtà*, cit., p. 189 ss.; Id., *L'idea di codice nel diritto privato*, cit., p. 188 ss.; Id., *Prefazione a Studi di diritto comparato*, cit., p. XIX ss. (ripetutamente sottolineando, negli scritti cit., il pericolo di ridurre altrimenti l'intera storia del pensiero giuridico ad una « commedia degli errori »). E soprattutto CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 34 ss., 142 ss., 168 ss., 215 ss., 243 ss. (ma già *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, p. 107 ss.).

⁽⁵³⁾ ASCARELLI, *Prefazione a Problemi giuridici*, I, cit., p. VI; Id., *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 76 (e nota 7), 77 ss.; Id., *Il problema preliminare dei titoli di credito*, cit., p. 175 ss.; Id., *Tipologia della realtà*, cit., p. 193 ss., 210 s. (in nota 10); Id., *Personalità giuridica e problemi delle società*, sempre in *Problemi giuridici*, I, cit., p. 311 ss., in nota 76.

— qui e altrove — inevitabilmente fa capo l'interprete ⁽⁵⁴⁾, sono suscettibili di giudizio soltanto in termini di coerenza, di « continuità », di aderenza al sistema normativo ⁽⁵⁵⁾; quindi di verosimiglianza, di ragionevolezza, non di certezza ⁽⁵⁶⁾.

Precisamente all'ordine di problemi accennato appartiene quello concernente la raffigurabilità del testamento come negozio. Solo che la « ricostruzione tipologica » è in questa circostanza resa particolarmente delicata per la ragione che non si tratta d'individuare la « fattispecie » presupposta da una singola normativa determinata, bensì di ricercare se sia possibile cogliere un elemento tipico della realtà sociale che sappia esprimere il « dato comune » di più fattispecie legali, per controllare poi sulle norme — cioè alla stregua della *ratio* di ciascuna di esse — se e in quali limiti simile dato risulti idoneo a costituire base di procedimento analogico. Ancora una volta, dunque, non è sull'esattezza

⁽⁵⁴⁾ Cfr. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, cit., p. 68.

⁽⁵⁵⁾ ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 72 ss., 85 ss., *Tipologia della realtà*, cit., p. 187 ss., e *Prefazione a Studi di diritto comparato*, cit., p. XXII ss. Per una più approfondita analisi della natura di dette « valutazioni », intese come « giudizi di valore derivati », restano fondamentali alcune pagine di CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., p. 39 ss., 58, 170 ss., 218, e 288 ss.: precisamente su qualche lacuna reale (e su alcuni pericoli solo apparenti) del pensiero di Ascarelli (certo, al proposito, talora generico: così anche CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 159), si appuntano le critiche di TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 536 ss.

⁽⁵⁶⁾ Ampiamente CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., p. 219 ss., 288, e (con particolare riferimento all'analogia), p. 240 ss., nonché voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 364, opponendosi a BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie Ist. giur. Univ. Torino, 1938, p. 100 ss.: v. però, dello stesso B., *op. cit.*, p. 109, 111, e *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, p. 11. Cfr. altresì, in generale, BAGOLINI, *La scelta del metodo nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 1059 ss. E per uno scorcio di recente pensiero giuridico tedesco (con varie sfumature spesso orientato nella direttrice di cui è cenno), LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, p. 180-208.

logica del ragionamento deduttivo che si deve discutere, ma sulla maggiore o minore « congruità » delle premesse al sistema normativo.

Ora proprio l'accennata congruenza al sistema, e insieme un'appropriata individuazione dell'elemento pratico del fenomeno considerato, sembrano mancare nella valutazione posta alla base della tesi in esame. La critica svolta contro la tradizionale commisurazione del testamento alla categoria negoziale muovendo dalla riferita predeterminazione degli attributi del concetto di atto di autonomia privata, contrasta ma non intacca né smentisce l'adeguata analisi della realtà sociale in funzione normativa, che a quest'ultimo riguardo è stata altra volta compiuta ⁽⁵⁷⁾. Distinguibile nelle sue « costanti » essenziali già sul terreno extra-giuridico, l'atto di autonomia negoziale si qualifica in virtù del riconoscimento legale come strumento accordato ai privati per autoregolare in maniera giuridicamente rilevante i propri interessi. Ma l'intervento della norma non può qui evidentemente limitarsi, e non si limita, ad una mera « recezione » formale: proprio sul piano degli effetti, l'intervento si fa al contrario ben più pregnante. È l'ordinamento che, in ciascuna delle *figurae iuris* dalle quali per astrazione viene tradizionalmente ricavata la categoria del negozio, costruisce, plasma, organizza (talora in forma « cogente », il più spesso « dispositiva ») gli effetti giuridici secondo un criterio di tendenziale e approssimativa conformità all'intento o risultato perseguito dai privati, ma con le modificazioni, le integrazioni, gli adattamenti che appaiono necessari per renderli strumentalmente congrui alla funzione tipica del negozio, e talora anche per adeguarli alla tutela di certi interessi privati (interni ovvero esterni al negozio), od anche a determinate imprescindibili direttive di fondo dell'ordinamento medesimo ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Si allude, soprattutto, all'analisi di SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 79 ss.

⁽⁵⁸⁾ V., per tutti, BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 49, 84 ss.;

Le idee di « traduzione », « integrazione », « limite » si rivelano connaturali al concetto di autonomia privata riguardato sotto il profilo effettuale: e neppure quella di subordinazione a « presupposti legali » (in senso ampio) gli è estranea ⁽⁵⁹⁾. Perciò non appare giustificato confrontare il rapporto tra testamento e complesso « effetto successorio » all'indicata quanto restrittiva definizione della « zona » del negozio, per argomentarne una conclusione suscettibile di escludere *a priori* sviluppi ermeneutici, la cui aderenza al sistema andrebbe invece ben altrimenti verificata.

28. — Non sembra anzitutto influente, da questo punto di vista, l'osservazione che il testamento è, di per sé, improduttivo di effetti prima della morte del suo autore ⁽⁶⁰⁾. Né è alla stregua di un problema di pura logica formale ⁽⁶¹⁾ che può essere sag-

SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 104 (in nota 34), 122 s., 128, 180 (e nota 20), 185 ss., 271, ma in specie p. 318 s., 320 ss. (in nota 55), 327, 332, 338 ss.; e, per il testamento, ALLARA, *Principi*, cit., p. 179 ss. Da ultimo, cfr. CATAUDELLE, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 61 ss.; SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso*, cit., p. 1359-1360.

⁽⁵⁹⁾ SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 332.

⁽⁶⁰⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 127 ss. Si ha qui evidentemente riguardo ai c.d. effetti « finali », che una già ricordata concezione distingue dal c.d. effetto « negoziale in senso proprio », collegabile alla stessa esistenza del negozio: invero quest'ultimo, dovendosi concepire come non escluso ma anzi addirittura implicato dalla revocabilità dell'atto (v. *retro*, n. 25, nota 22), sarebbe da considerare realizzato, anche per l'atto testamentario, nel momento stesso della sua perfezione (benché suscettibile di spiegarsi nei confronti del solo autore, per la speciale caratteristica del testamento, di non essere rilevante per i terzi *ante mortem*: cfr. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 67). Non convincenti, sul punto, le obiezioni di LIPARI, *op. cit.*, p. 144 s., 177 (in nota 2), 196 ss.

⁽⁶¹⁾ Com'è quello concernente la costruzione tecnico-domatica del ruolo spettante all'evento morte nell'arco dinamico della vicenda successoria: v., per tutti, un sintetico ragguaglio delle varie « proposte » dottrinali in GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 37, 62 ss., e in LIPARI, *op. cit.*, p. 126 ss.

giata la legittimità sostanziale della dottrina classica, per la quale nessuna incompatibilità esiste fra la peculiare relazione in cui gli effetti del testamento vengono a trovarsi con l'evento in questione, e il riconoscimento della loro natura negoziale.

Merita piuttosto sottolineare, al riguardo, un aspetto qualche volta trascurato: l'importanza a cui (in prospettiva) tale relazione assurge sullo stesso piano « causale » del negozio. In verità, com'è ovvio, non per arbitrio legislativo ma già nella coscienza sociale il testamento si qualifica come l'atto mediante il quale l'individuo « dispone » precisamente per il tempo della morte, in previsione e in funzione di tale evento ⁽⁶²⁾. L'ordinamento prende in considerazione, « recependolo », questo comune tipo o schema di comportamento sociale ⁽⁶³⁾, e lo classifica in un atto giuridico « tipico », funzionalmente caratterizzato appunto dalla destinazione a regolare una situazione in dipendenza della morte e quindi a valere solo *post mortem* ⁽⁶⁴⁾. Perciò la previsione della morte,

⁽⁶²⁾ Lo stesso è da dire se si guarda alla volontà « normale » dell'autore: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 63 (in nota 7), 94; OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 70. Naturalmente non assume invece rilievo, al proposito, l'eventuale mancanza dell'accennata « previsione » nella concreta determinazione psicologica del soggetto (v. l'obiezione sottintesa in LIPARI, *op. cit.*, p. 128, nota 10), per la decisiva ragione dallo stesso a. indicata a p. 156, e già sviluppata (sebbene da un particolare punto di vista) in *Il negozio fiduciario*, cit., p. 228 ss. (indisponibilità per i privati dell'effetto giuridico, e ricollegarsi dello stesso alla messa in opera di uno schema legale tipico, del quale siano di fatto realizzati gli estremi obiettivo-funzionali).

⁽⁶³⁾ V., sul fenomeno, e anche sul reciproco rapporto d'influenza tra dato dell'esperienza giuridica e orientamento dell'« agire sociale », alcune osservazioni di notevole interesse (e di valore generale, benché direttamente riferite al contratto), in G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 214 ss. (che si riporta soprattutto al pensiero di Max Weber).

⁽⁶⁴⁾ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 40 ss. La critica di LIPARI, *op. cit.*, cfr. per es. p. 25 ss., 126 (in nota 3), 129 (in nota 14), contro l'impostazione di fondo del G., non sembra convincente.

ossia la direzione a porre un regolamento per il tempo in cui il soggetto « avrà cessato di vivere » (art. 587), attiene strettamente al profilo « causale » (o, se si vuole, « funzionale ») dell'atto ⁽⁶⁵⁾.

Né può stupire la circostanza che, in tal modo, la « previsione » di un evento esterno e futuro, sottraendosi al territorio della *condicio* ⁽⁶⁶⁾, venga elevato a rilievo « causale » in sede di tipizzazione di un atto di autonomia privata ⁽⁶⁷⁾. Non solo a ciò non sembrano frapporsi difficoltà logiche: ma in proposito nuovamente istruttivo si palesa l'esempio delle « convenzioni matrimoniali » ⁽⁶⁸⁾, ove certo la contemplazione del matrimonio non si traduce in una mera condizione estrinseca di efficacia del contratto, bensì affiora al livello della sua stessa funzione causale e interviene nella qualificazione del « tipo » negoziale ⁽⁶⁹⁾; né va trascurata l'indicazione proveniente da quei sistemi giuridici, che riconoscono il « contratto successorio » ⁽⁷⁰⁾. Certo nel testamento

⁽⁶⁵⁾ Chiaramente così CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 1, cit., p. 38-40; così, di sfuggita, anche BETTI, *op. cit.*, p. 319.

⁽⁶⁶⁾ Almeno stando alla più stretta e rigorosa tra le nozioni di *condicio iuris* accolte dalla corrente che utilizza siffatta categoria: cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 113 ss., 156 ss. (in generale), e p. 264 (sul punto specifico).

⁽⁶⁷⁾ Non giustificate, al riguardo, le perplessità di LIPARI, *op. cit.*, p. 210-211 (e nota 76).

⁽⁶⁸⁾ Ci si riferisce, com'è ovvio, alle « convenzioni matrimoniali » in senso stretto (art. 159), cioè quelle che « per loro natura non si possono concepire che sul presupposto di un matrimonio »: TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 37, 39.

⁽⁶⁹⁾ TEDESCHI, *op. cit.*, p. 40; e v. il preciso accostamento di BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 522. Si noti anche che per BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, p. 807-808 (v. anzi, a p. 806, un parallelo con il rapporto testamento-morte), lo stesso vale anche per la donazione obnuziale (*contra* TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 1956, p. 461, che sostiene la presenza di una *condicio facti*).

⁽⁷⁰⁾ Posto che (pur con altre ed evidenti diversità rispetto al testamento) anche in questo atto di autonomia privata la destinazione a re-

c'è in piú, di caratteristico, la rilevanza esterna (per i terzi) esclusivamente *post mortem*. Ma qui si tratta, piú ancora che di un riflesso attinente al principio sostanziale dell'intrinseca revocabilità dell'atto ⁽⁷¹⁾, di una conseguenza della particolare forma, del peculiare veicolo emissivo ad esso legislativamente assegnato ⁽⁷²⁾: peraltro in perfetta conformità non solo alla sua funzione, ma anche al modo con cui l'atto viene a rappresentarsi nella coscienza comune, in quanto dichiarazione fatta per il tempo della morte, messaggio di ultima volontà rivolto ai superstiti ⁽⁷³⁾.

Non meno priva di reale capacità contestativa appare poi l'altra osservazione di ordine generale, che vuol trarre argomento dall'esigenza dell'accettazione ad opera del vocato perché il testamento raggiunga efficacia definitiva ⁽⁷⁴⁾. Anche al proposito va detto che interessano poco, in questa sede, i problemi costruttivo-classificatori. Il discorso può infatti esaurirsi, dal punto di vista della sistematica del testamento, nel semplice richiamo al principio giuridico per cui — di regola — a nessuna attività negoziale e a nessun atto di autonomia privata è dato di invadere (nemmeno con risultati vantaggiosi) la sfera giuridica altrui contro la volontà del destinatario degli effetti finali ⁽⁷⁵⁾. Il principio vale,

golare una situazione per il tempo e in dipendenza della morte assume, com'è chiaro, incidenza determinante sotto l'accennato profilo.

⁽⁷¹⁾ V. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 135-136.

⁽⁷²⁾ GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 219 ss.

⁽⁷³⁾ GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 221-222 (e anche p. 69).

⁽⁷⁴⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 146 ss., 209, 240 ss. È appena il caso di aggiungere che, nella sostanza, i termini del problema non cambiano qualora si faccia riferimento al legato.

⁽⁷⁵⁾ Salvi, naturalmente, i casi in cui l'ingerenza è già giustificata da un precedente rapporto intercorso fra le parti, o ad ogni modo l'interesse contrario del soggetto, nella cui sfera cadono gli effetti, non appare direttamente meritevole di tutela per altre ragioni: cfr. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 274 s.; SACCO, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in on. di P. Greco*, II, Padova, 1965, p. 954; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 232-233.

in linea di massima, per ogni negozio « unilaterale » ⁽⁷⁶⁾. E se, indubbiamente, rispetto a tutte le altre ipotesi in cui si manifesta operante il principio *invito beneficium non datur* ⁽⁷⁷⁾ peculiare al testamento resta sempre la rilevanza esterna solo *post mortem*, questa si giustifica nella prospettiva già sopra chiarita ⁽⁷⁸⁾.

In realtà, una spiegazione concreta del procedimento dinamico cui dà luogo la successione testamentaria deve ancora una volta far capo all'idea che tutti gli effetti giuridici — in ogni atto negoziale — sono organizzati e modellati dall'ordinamento, in

⁽⁷⁶⁾ BENEDETTI, *Struttura della remissione, Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1298; CARRESI, *op. cit.*, p. 274; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, cit., p. 66, 79; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 232-233. Basterebbe ricordare un esempio testuale, la remissione del debito (almeno per chi creda nel suo carattere di atto a formazione unilaterale: v., da ultimo, BENEDETTI, *op. cit.*, p. 1291 ss.; ma abbozza ora uno spunto di revisione del comune modo d'impostare il problema, SACCO, *op. cit.*, p. 973-974), e due altri poggiati su sicure basi interpretative, la promessa al pubblico (v. SACCO, *op. cit.*, p. 978) e la donazione obnuziale (contro, con tesi singolare, la dottrina prevalente: BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 795 s.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 64; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 160-164; ma nel senso di riconoscere la facoltà di rifiuto v. invece, a ragione, SACCO, *op. cit.*, p. 980, e già BALBI, *Saggio sulla donazione*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, 1942, p. 37). Né si può qui tralasciare un accenno ai quesiti sistematici posti dall'art. 1333 c. civ. (cfr., sul tema, il recente contributo di SACCO, *op. ult. cit.*).

⁽⁷⁷⁾ Vi è stato anche chi ha notato che, se non dal punto di vista formale, dal punto di vista sostanziale non esistono al riguardo grandi differenze tra quanto avviene in materia di testamento e in materia di donazione: BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, cit., p. 88. E v. BIONDI, *op. cit.*, p. 116 s., 132 ss.; nonché il rapido cenno di Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., p. 408.

⁽⁷⁸⁾ Mentre sta di fatto che — una volta apertasi la successione — il testamento pur prima dell'accettazione produce quanto meno quegli autonomi effetti, grosso modo specificabili come « preparatori » dell'acquisto definitivo, i quali si compendiano nel concetto di « delazione ».

corrispondenza tendenziale al « risultato » cui mira il regolamento privato, ma altresì in aderenza alle proprie peculiari esigenze di regolarità e coerenza ⁽⁷⁹⁾. Il requisito dell'accettazione (o del mancato rifiuto) segnala l'esistenza (legislativamente avvertita) della « necessità di tutela di un piano di interessi esterni » all'atto ⁽⁸⁰⁾. Si tratta, ovviamente, in primo luogo degli interessi dei destinatari degli effetti finali, di fronte ad un atto altrui che comporta immissione nella propria sfera giuridica; ma occorre anche tener presente come, almeno nel caso di vocazione a titolo ereditario, con quegli interessi s'intersechino altri (ad esempio, l'interesse dei creditori, e persino interessi d'ordine pubblico), di cui l'attuarsi pratico della vicenda successoria esige protezione. Si spiega allora pianamente la necessità dell'accettazione, o del mancato rifiuto, affinché gli effetti finali disposti nel testamento rispettivamente si producano, o si consolidino, in capo al beneficiario designato ⁽⁸¹⁾. Si spiega altresì — non solo in relazione al principio della normale indisponibilità degli effetti ad opera dell'autore del negozio ⁽⁸²⁾, ma segnatamente agli accennati interessi supe-

⁽⁷⁹⁾ V., con specifico riguardo al requisito dell'accettazione nella successione testamentaria, la puntuale notazione di RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 82, e nota 1, nei confronti della quale non sembra calzante la critica di LIPARI, *op. cit.*, p. 190-191.

⁽⁸⁰⁾ FALZEA, *La condizione*, cit., specie p. 107 ss. (rifacendosi all'idea di *condicio iuris*).

⁽⁸¹⁾ V., con particolare efficacia, FALZEA, *op. cit.*, p. 154-155. Al riguardo notevole interesse può poi rivestire la proposta costruttiva avanzata (in funzione del concetto di « atto esecutivo ») da Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, cit., p. 407-408, *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, in *Scritti giur. in mem. di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 210-211, e *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., p. 140; v. ora, in generale, qualche notevole spunto anche nel lavoro (pur dedicato ad altro tema) di F. ROMANO, *La ratifica nel diritto privato*, Napoli, 1964, specie p. 87 ss., 126 ss., 136 ss.

⁽⁸²⁾ V., per tutti, lo stesso LIPARI, *op. cit.*, p. 156, e *Il negozio fiduciario*, cit., p. 228 ss.

riori, di ordinato svolgimento del fenomeno sociale — l'impossibilità per il testatore d'influire con proprie disposizioni su taluni tempi e su alcune modalità della complessa sequenza in cui si esprime la successione a titolo ereditario ⁽⁸³⁾. Ciò che tuttavia non si vede, è perché da questi dati dovrebbe trarsi la conclusione che nega la possibilità di qualificare in senso « negoziale » il rapporto intercorrente fra esso e i c. d. effetti finali, e raffigura l'atto come mero presupposto (di fatto) di effetti strettamente ed unicamente legali ⁽⁸⁴⁾.

Alla labilità della surriferita conclusione, si accompagna d'altronde la scarsa persuasività di un ulteriore risultato che si pone al centro della tesi in esame: distinto dall'effetto « successorio » (non riportabile immediatamente all'atto) un effetto, sempre non negoziale, e tuttavia riferibile direttamente al contenuto del testamento, quest'ultimo viene individuato nella semplice « esclusione della successione legittima » ⁽⁸⁵⁾. Ma simile assunto ⁽⁸⁶⁾, preso alla lettera, risulta singolarmente contraddittorio, non fosse altro perché anche l'esclusione della successione legittima, ad opera di una (positiva) disposizione testamentaria, dipende in realtà dall'accettazione (o, più in generale, dalla non « caducazione ») della disposizione medesima.

⁽⁸³⁾ Anche su ciò fa leva LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 216-217, che si richiama specialmente agli art. 470 cpv. e 637 c.civ.

⁽⁸⁴⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 178 ss., 188 ss., 218, 239, 250-251. Nello stesso senso, come si è già rammentato, GIUSIANA, *Appunti sull'accrescimento ereditario*, cit., p. 44 ss. (la conclusione pratica del G. è però adesso testualmente smentita dall'art. 674, comma 3, c. civ.). La verità è che simile prospettiva (oltre tutto in contrasto con il senso comune) riproduce ed anzi spinge all'eccesso una tendenza, già altra volta denunciata, verso la « supervalutazione del compito che spetta alla norma giuridica nelle disposizioni testamentarie »: v. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 273 (in nota).

⁽⁸⁵⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 193 ss.

⁽⁸⁶⁾ Che, riguardato nella sostanza, non lascia intravedere consistenti ragioni di differenziazione rispetto alla nota concezione la quale — peral-

29. — Un interesse più immediato riveste l'esame delle basi testuali, cui ampiamente si riferisce l'argomentazione considerata.

I dati normativi richiamati sarebbero significativi: *a*) taluni per l'anomalia che segnalerebbero nel testamento, con l'imporre la commisurazione di un requisito (potere di disporre) non in rapporto al momento della redazione dell'atto, ma a quello successivo della morte (così l'art. 651 cpv.) ⁽⁸⁷⁾; *b*) altri per la sancita inefficacia dell'atto, proprio ove non abbia potuto operare nella sua pienezza quella volontà, che formerebbe base dell'effetto ricollegabile al contenuto del testamento, cioè l'esclusione della successione legittima (art. 687) ⁽⁸⁸⁾; *c*) altri infine, perché porrebbero in luce casi nei quali l'effetto disposto dalla legge andrebbe oltre (art. 625, 627, 630 cpv.) o addirittura contraddirebbe (art. 634, 692 comma 3, 467 cpv., e anche 651, 657) la determinazione volitiva del testatore ⁽⁸⁹⁾.

Resta però da dimostrare, che le norme di cui è parola siano davvero orientate nella direzione asserita. Intanto l'art. 651 cpv. non trova reali difficoltà a collocarsi nell'orbita della « dommatica » negoziale: è stata piuttosto l'aprioristica inclusione del c. d. « potere di disporre » tra i requisiti soggettivi che devono sussistere fin dal momento in cui il negozio si perfeziona, ad oscurare l'impostazione del problema. Questo riceve invece un'agevole spiegazione all'interno dell'armonico sistema che emerge dagli art. 1376 (per il contratto) e 642 cpv. (per il testamento), e che segnala, come regola suscettibile di eccezione solo in fun-

tro nell'ambito dell'efficacia del negozio — vuol enucleare un c. d. « effetto negoziale in senso proprio » come riflesso della stessa esistenza dell'atto; v. *retro*, n. 25, nota 22.

⁽⁸⁷⁾ LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 107 ss., e specie, p. 111 ss.

⁽⁸⁸⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 219.

⁽⁸⁹⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 222 ss.

zione di un fatto di « conoscenza » (dell'alterità della cosa) ⁽⁸⁰⁾, il principio dell'effetto « reale » o « diretto » del negozio. Difatti, in quest'ultima e normale ipotesi, è naturale che la « titolarità », l'appartenenza del diritto al patrimonio del « disponente » rappresenti qui un presupposto indispensabile per il prodursi dell'effetto; ma il requisito, che non a torto è stato visto come inclinante verso l'elemento oggettivo più ancora che verso quello soggettivo del negozio ⁽⁸¹⁾, ha altrettanto evidentemente da esistere appunto nel momento fissato per l'efficacia ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ La conoscenza deve essere dell'acquirente nei contratti (art. 1478 e 1479); del testatore nel legato (art. 651, comma 1). Per l'inquadramento di quest'ultima norma v. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 90-91; sulla funzione della « conoscenza », come criterio discriminante tra gli schemi negoziali fissati negli art. 1478 e 1479, E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, p. 62 ss.

⁽⁸¹⁾ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*¹, cit., p. 247, in rapporto a p. 132-133; e RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 126-127. In modo ancor più pregnante, parla al riguardo di « aspetto relazionale soggettivo-oggettivo » GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 144. V., del resto, a proposito della « legittimazione » in generale, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 626, e anche BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 213 s., 225; nello stesso solco, da ultimo, un tentativo di ulteriore precisazione è in SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, 1962, p. 312 ss.

⁽⁸²⁾ Concordia in dottrina, pur partendo da diversi punti di vista (ma forse si potrebbe addirittura pensare, qui, ad una forza espansiva dell'art. 1347): v. BETTI, *op. cit.*, p. 242 s.; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 127; SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*; SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annuario di dir. comp. e di studi legisl.*, 3^a serie, XXVII, 1951, p. 80. D'altronde, la soluzione è certa per il caso di vendita di cosa altrui rientrante nello schema di cui all'art. 1479, ma sottoposta a termine (RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, 2^a ed., Milano, 1962, p. 361, nota 24; mancano, fra l'altro, i presupposti per quella caratteristica responsabilità, che nei contratti traslativi consegue all'inattuazione dell'effetto reale: cfr., in proposito, E. RUSSO, *op. cit.*, specie p. 163 ss., nonché, per le conclusioni, p. 270 ss.); e non diversamente avevano da essere le cose per il legato di cosa altrui,

Quanto poi alla norma sulla c. d. « revocazione » per sopravvenienza di figli (art. 687), la formula della mancanza della « volontà del contenuto » del testamento (esclusione della successione legittima) offre in realtà una giustificazione meramente verbale; né si vede come un così normale intervento legislativo sugli effetti dell'atto, quale quello esprimendosi in una norma « dispositiva » ⁽⁹³⁾ che ricollega a circostanze oggettive e tipicamente valutate l'inefficacia dello stesso ⁽⁹⁴⁾, possa ostare all'ammissione della « negozialità » del testamento ⁽⁹⁵⁾.

visto che il testamento possiede per definizione effetti differiti. V. infatti senza alcuna preoccupazione, per la dottrina tedesca, KEUK, *Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments*, Bonn, 1965, p. 16 ss., e anche 34 ss. (sull'interpretazione del § 2169 B. G. B.), 94 ss. (sul classico tema, al quale il libro è dedicato, v. di recente, ma con diversa impostazione, anche FOER, *Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügungen von Todes wegen*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 153, 1954, p. 492 ss., a p. 504 ss.).

Nemmeno la « conversione » successiva di un legato ad efficacia « indiretta » in legato ad efficacia « diretta » (che costituisce una tra le possibili eventualità sottintese dall'art. 651 cpv.), sembra poi presentare eccessive difficoltà ricostruttive: v. COSTANTINO, *Titolo idoneo negli acquisti « a non domino » e negozio a causa di morte*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 125, nota 71.

⁽⁹³⁾ Definizione pacifica dell'art. 687, in presenza del 3° comma: BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 146; TALAMANCA, *Successioni testamentarie* (art. 679-712), in *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 221, nota 5; VARALDO, *La revoca impropria del testamento (con particolare riguardo agli artt. 686 e 687 cod. civ.)*, in *Jus*, 1965, p. 390, nota 1. Possono quindi valere, anche al riguardo, le osservazioni di SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 373-374.

⁽⁹⁴⁾ Per la qualifica di « inefficacia » (non invalidità), v. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva*, cit., p. 97 s.; sui limiti della stessa, TALAMANCA, *op. cit.*, p. 226.

⁽⁹⁵⁾ Specie ove si tenga conto che una previsione analoga nella sostanza, sebbene naturalmente assai diversa nel mezzo tecnico, contiene l'art. 803 c. civ. per la donazione: cfr. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 1071.

Infine nemmeno le norme del terzo gruppo appaiono veramente indicative dell'incompatibilità, che sulla loro base si vuol affermare. L'art. 625 s'innesta a perfezione nella teoria dell'interpretazione negoziale, anzi non è sfuggito alla dottrina il suo parallelismo con l'art. 1362, comma 1⁽⁹⁶⁾: si tratta, in effetti, di una coerente applicazione del principio della prevalenza dell'interpretazione « extra-letterale » del negozio⁽⁹⁷⁾, atteso che la dizione della norma (e i limiti nella stessa segnati) sembra dimostrino come in proposito non sia tanto questione di dar valore ad una

(⁹⁶) ALLARA, *Principi*, cit., p. 46, 177, e *La teoria generale del contratto*², cit., p. 98; AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 108, nota 15; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 522 s.; CARRESI, *Interpretazione correttiva del contratto*, cit., p. 328; accentua ora l'accostamento (con ampia motivazione e logicamente tenendo presente, per il contratto, l'ipotesi di errore « comune »), PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 475-480, 500 s., e già 330-331. Tende invece a vedere nell'art. 625, accanto alla tradizionale disciplina della *falsa demonstratio*, un caso eccezionale di « correzione » (non interpretazione) del negozio, con conseguente « sostituzione » di un contenuto ad un altro (e quindi di un negozio ad un altro), GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 187-188. Però la preoccupazione che sta a base di quest'ultima tesi non pare fondata, poiché è in realtà da ritenere che l'art. 625 si riferisca appunto e soltanto alla figura dell'« errore di indicazione » (o errore nella dichiarazione, derivante cioè da uso scorretto dei mezzi espressivi), figura la quale si contrappone a quella dell'errore che deriva da una falsa rappresentazione della realtà incidente « sull'attività di identificazione del regolamento di interessi » (nei suoi vari termini): così PIETROBON, *op. cit.*, in particolare p. 325-331. Per l'ampio significato, in cui è inteso il concetto di *f.d.* nell'attuale dottrina tedesca, cfr. FLUMB, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 303 ss.; NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹⁵, II, cit., p. 1250; e, con riguardo al diritto testamentario, BARTHOLOMEYCZYK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 108 s.; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 123; KEUK, *Der Erblasserwille post testamentum*, cit., p. 76 ss.; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 356, 384.

(⁹⁷) ALLARA, *opere loc cit.*; CARRESI, *op. cit.*, p. 327-328; PIETROBON, *op. cit.*, p. 478 ss.; e v. anche TRABUCCHI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 707 (che peraltro qualifica, ad un certo punto, la norma come « eccezionale »).

volontà puramente « psicologica » non calata nell'atto ⁽⁹⁸⁾, quanto d'interpretare rettamente il testo della dichiarazione, individuando i veri termini del « regolamento » in essa consegnato ⁽⁹⁹⁾. Inoltre è chiaro che la norma pone al massimo un problema di rapporto tra volontà e forma ⁽¹⁰⁰⁾, non di rapporto tra volontà ed effetti: talché essa potrebbe se mai essere vista (ed è ciò che comunemente avviene) come espressione della tendenza legislativa alla « conservazione » del testamento, non venir portata paradossalmente ad indice della sua non « negozialità ».

Analoghe considerazioni valgono per l'art. 634, a sua volta solitamente (e non a torto) ricondotto al principio di conservazione. La critica a tale norma si è d'ordinario svolta sul piano psicologistico, imputandosi al legislatore la scissione operata all'interno dell'unità psicologica che caratterizzerebbe la volizione negoziale condizionata ⁽¹⁰¹⁾: ma sul piano pratico la sopravvivenza del principio si spiega, e in larga misura si giustifica — come potrebbe oltre tutto confermare l'esperienza tedesca ⁽¹⁰²⁾ — in base ai realistici motivi addotti dai codificatori (e

⁽⁹⁸⁾ Così, invece, LIPARI, *op. cit.*, p. 224.

⁽⁹⁹⁾ TRABUCCHI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 707-708, con perspicua esemplificazione. V. altri esempi in CICU, *Testamento*², cit., p. 133 s.

⁽¹⁰⁰⁾ PIETROBON, *op. cit.*, p. 476, nota 22 (aderendo all'impostazione di Trabucchi).

⁽¹⁰¹⁾ V. un cenno, peraltro assai pacato, in PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio, cit., p. 527; e cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 536; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 656 (ma non sottovalutando le ragioni pratiche che sostengono l'art. 634); GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 158. Di un « procedimento legislativo di riduzione della volontà negoziale » (tuttavia senza più spirito critico: cfr. invece *Vocazione legale*, cit., p. 591, nota 33), parla ora efficacemente, a proposito dell'art. 634, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 198. Per l'esclusiva « logicità » del principio *vitiatur et vitiat*, cfr. altresì NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹⁵, II, cit., p. 1208 (chiamando in causa la *Natur der Sache*).

⁽¹⁰²⁾ In Germania, difatti, dottrina e giurisprudenza tendono oggi, sotto

significativamente orientati verso un accentuato rispetto per la « reale » volontà del defunto) ⁽¹⁰³⁾; ché se poi si accettasse di sviluppare il discorso sulla condizione in termini di « interesse » ⁽¹⁰⁴⁾, la spiegazione della regola sabiniana potrebbe diventare ancora più agevole ⁽¹⁰⁵⁾. Ad ogni modo, in entrambe le prospettive ap-

la pressione di esigenze pratiche, a rivalutare almeno entro certi limiti la « regola sabiniana », non prevista dal codice (una tra le basi per la rivalutazione, compiuta in sede di interpretazione del testamento, è l'« idea » legislativa ricavabile dai § 2076, 2084, 2085 e 2195 B.G.B.): v., da ultimo, specialmente FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 693-696. V. inoltre, con varie posizioni, BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 100; DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 60 (col quale si trova d'accordo, su un punto, COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 113, IV); SEYBOLD, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*¹¹, V, *Erbrecht*, I, cit., sub § 2074-2076, p. 721 (n. 5 e 6), 725 (n. 19), seguito da LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 368 in nota 6, 369 in nota 3.

⁽¹⁰³⁾ V. i passi ricordati da PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 527.

⁽¹⁰⁴⁾ V. soprattutto FALZEA, *La condizione*, in particolare p. 80 ss. Riafferma ora l'utilità di simile impostazione RESCIGNO, voce *Condizione* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 766.

⁽¹⁰⁵⁾ V., per una chiara asserzione della « possibilità di riporre e individuare l'elemento della condizionalità in una singola clausola, che si colloca accanto alle altre clausole negoziali, riguardanti non già le modalità ma il contenuto del regolamento predisposto », senza con ciò pregiudicare affatto la questione dell'« unità » del negozio condizionale (ma notando anche che « non hanno rilievo tutte le questioni di ordine psicologico sulla c.d. volontà condizionata »), FALZEA, *La condizione*, cit., p. 88-89, e nota 27; cfr. altresì FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 316, 319-321, nonché (ma di sfuggita) GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 186. Lo stesso FALZEA, *op. cit.*, p. 90, nota 27, riconduce apertamente la disciplina delle condizioni impossibili o illecite nel testamento al principio della nullità parziale; un vago e non impegnativo cenno in tal senso è pure in CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 368 s.; conforme, ma senza approfondire, CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., p. 200-202, e già 78 (in nota 46), 187. V. inoltre, per quanto in un'autonoma prospettiva, alcune penetranti osservazioni di TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 844-846.

pare certamente fuori luogo l'illazione, secondo cui ad opera dell'art. 634 « il principio della negozialità risulta in radice conculcato » ⁽¹⁰⁶⁾.

Né molto diversamente stanno in fin dei conti le cose per l'art. 692, comma 3 ⁽¹⁰⁷⁾, ove anzi l'automatica limitazione della nullità alla sostituzione fidecommissaria si palesa conforme allo scopo tipicamente perseguito attraverso la determinazione testamentaria ⁽¹⁰⁸⁾. L'art. 630 (sulle disposizioni a favore dei poveri)

Anche al § 139 (nullità parziale), oltre che al § 140 (conversione), o ad entrambi contemporaneamente, si richiama del resto frequentemente la dottrina tedesca, per risolvere il problema del trattamento della condizione viziata nelle disposizioni di ultima volontà: v., nella prima direzione, DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 58; nella seconda SEYBOLD, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 721; nella terza (ma limitandosi a fare il punto dell'orientamento dottrinale) LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 368, nota 6. Sintomaticamente, anzi, non è mancato nella letteratura tedesca il tentativo di collegare al § 139, o più spesso al § 140, la soluzione del problema per il negozio giuridico in generale: COING, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, I, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 918, n. 19 (§ 140); LANG, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1926, p. 32, 34 (§ 140, ed anzi vigorosamente contrario all'applicabilità del § 139); OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, in *Komm. z. B.G.B.*, II, 3ª ed., Berlin, 1927, p. 572 (§ 140); VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutsch. bürgerl. Rechts*, II, 2, München-Leipzig, 1918, p. 281 (§ 139).

⁽¹⁰⁶⁾ LIPARI, *op. cit.*, p. 228; e già MOSCO, *La conversione*, cit., p. 284.

⁽¹⁰⁷⁾ Talora riportato, seppure in forma generica, ai principi della nullità parziale: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 368; CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., p. 79 s.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 242; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, p. 65; e già FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 154-155.

⁽¹⁰⁸⁾ Lo scopo normale dell'attribuzione testamentaria accompagnata da sostituzione fidecommissaria si atteggia per vero in maniera tale, da escludere che la seconda abbia costituito « unico motivo determinante » della prima: ché del resto, nell'improbabile caso in cui il contrario dovesse risultare dalla scheda testamentaria, non si vede come potrebbe non entrare in applicazione l'art. 626. La disciplina dell'art. 692,

non mette poi avanti che un'ipotesi di « integrazione » del negozio mediante norma dispositiva ⁽¹⁰⁹⁾, qui in particolare giustificata dall'*Interessenlosigkeit* del testatore alla precisa identificazione del beneficiario di una disposizione destinante beni a scopo generico, ma socialmente meritevole di tutela ⁽¹¹⁰⁾. Mentre della disciplina contenuta nell'art. 627 per la « fiducia » testamentaria, lo stesso autore ora considerato ha dato in altra occasione una spiegazione assai perspicua, e soprattutto nient'affatto antinamica rispetto alla prospettiva « negoziale » ⁽¹¹¹⁾.

Rimane la norma sulla « rappresentazione » nella successione

comma 3, non si scosta dunque sostanzialmente da quella dell'art. 634. Il diverso trattamento accolto in materia dal *code civil*, ove l'art. 862, comma 2, sancisce l'invalidità anche per la disposizione a favore del primo chiamato, si spiega (H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*, IV, cit., p. 1110, n. 1432) per la ferma determinazione dei redattori del codice del 1804 di lottare efficacemente contro le sostituzioni e di sradicarne l'impiego ancora diffuso nell'ambiente sociale, ricorrendo alla più severa sanzione, ed allargando così al massimo le possibilità d'impugnativa. Mutati i tempi, oggi l'*Avant-projet* torna espressamente alla regola sabiniana: a norma dell'art. 1043, comma 2, dello stesso, la clausola fidecommissaria « ne rend nulle la libéralité que si elle a été le motif déterminant de la volonté du disposant » (v., sul punto, anche l'*Exposé des motifs*, cit., p. 114).

⁽¹⁰⁹⁾ Per quanto poi specificamente riguarda la norma di cui al cpv. dell'art. 630, a sua volta certamente « dispositiva », essa non sembra differenziarsi molto, sotto il profilo sostanziale che qui interessa, ad esempio da quella dell'art. 1349, comma 1, per il contratto con determinazione dell'oggetto rimessa all'*arbitrium boni viri* di un terzo.

⁽¹¹⁰⁾ V. ancora LANGE, *Die Verwirklichung*, cit., p. 23 (che parla anche di « Uninteressiertheit »); e GHEZZI, *Legato per remunerazione di servizi resi*, cit., p. 823; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 75, 85 (ove, in nota 9, è criticata la spiegazione dell'art. 630 in termini di « conversione legale »).

⁽¹¹¹⁾ LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 362 ss., 368 ss.

testamentaria (art. 467, comma 2) ⁽¹¹²⁾, con il carico di interrogativi senza dubbio delicati che essa comporta, per il singolare sovrapporsi, nella prevista forma di vocazione, dei due caratteri dell'autonoma fissazione *ex lege* e della stretta dipendenza da una disposizione testamentaria a favore del c. d. « rappresentato ». Però è da dire che siffatti interrogativi non sembrano in realtà incidere sul piano della problematica in esame. Difatti l'alternativa è in ultima analisi la seguente: se si dà la prevalenza al primo profilo e si sottolinea la natura « legale » della vocazione in parola, potrà trattarsi di precisare il fondamento e il mezzo tecnico dell'istituto normativo ⁽¹¹³⁾, ma si è evidentemente fuori di un discorso interessante la qualificazione dell'atto testamentario ⁽¹¹⁴⁾; se invece si volesse accentuare il secondo aspetto, diverrebbe inevitabile il riferimento al concetto di « integrazione » legale ⁽¹¹⁵⁾, e allora la soluzione prescelta non potrebbe comunque apparire in contrasto con la « negozialità » del testamento.

Non si può dunque ripensare fruttuosamente la collocazione sistematica del testamento forzando specifici dati testuali, i quali oltretutto sono facilmente inquadrabili se si pone mente a

⁽¹¹²⁾ LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 162 (e nota 102), 171 s., 245.

⁽¹¹³⁾ Sul primo punto v., per tutti, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 186 ss.; sul secondo, per una recente costruzione della c. d. vocazione « indiretta » come vocazione (parzialmente) *per relationem*, CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 129-130 (dopo aver criticato la tesi facente capo al concetto di « conversione »): analogamente, nella sostanza, ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 60-61.

⁽¹¹⁴⁾ Così, ma con un cenno sommario, OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 71.

⁽¹¹⁵⁾ Il quale, ad ogni buon conto, non implica affatto il ricorso alla vecchia idea della « volontà presunta »: v., fra tanti, BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., ad es. p. 59, 87, 95; MOSCO, *La conversione*, cit., p. 72 ss.; ed ora (con riguardo alle norme dispositive, nel campo del contratto), CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 87.

come per ogni atto di autonomia privata gli effetti giuridici costituiscano una « risposta » modellata dall'ordinamento, e si rammenta il peculiare ruolo svolto in proposito dalle norme « dispositive » e dai meccanismi di « integrazione » (del contenuto, o degli effetti) del negozio ⁽¹¹⁶⁾.

È invece appropriato, nella materia, il monito a non perdere di vista come ogni categoria giuridica vada sempre individuata in funzione di una determinata disciplina ⁽¹¹⁷⁾. Ma ciò non deve offuscare la distinzione di piani, che la complessità del tema oggetto di riflessione impone all'indagine. Qui si tratta, invero, come più volte accennato, di procedere quanto meno ad una doppia verifica: ad una « ricostruzione tipologica della realtà », in congruenza al sistema legislativo, per precisare l'eventuale elemento comune di una pluralità di atti giuridici; e ad un confronto del dato emerso con le varie normative particolari, per accertare possibilità e limiti di un suo concreto impiego interpretativo.

Esaurita la prima ricerca, sulla quale il discorso ha fin qui indugiato, è alla seconda che, seppure rapidamente, bisognerà rivolgersi ora.

30. — Un utile punto di partenza, per analizzare validità e limiti odierni di un richiamo alla categoria negoziale ⁽¹¹⁸⁾, offre

(116) Non è qui evidentemente possibile toccare il problema, oggi al centro di un'ampia discussione dottrinale, se l'« integrazione » attenga agli effetti o al contenuto del negozio. Accolta la prima visuale, diverrebbe del tutto logico ravvisare nella legge (e, entro limiti più ristretti, nell'attività giurisprudenziale) una tra le fonti « concorrenti » del regolamento negoziale: così (per il contratto), RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, ediz. provv., Milano, 1964, riportato (con accenti critici) da LIPARI, *op. cit.*, p. 113 (in nota 71), 234 ss., e da CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 68 ss.

(117) V., ripetutamente, LIPARI, *op. cit.*, ad es. p. 43, 114 (in nota 71), 208 (in nota 74).

(118) V. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 184 ss.

la distinzione tra concetto « normativo-interpretativo » e concetto « classificatorio » di negozio giuridico ⁽¹¹⁹⁾.

Il secondo profilo in questa sede non interessa, anche se proprio ad esso resta in fondo legato, almeno per buona parte, il senso della sempre rinnovantesi polemica intorno alla legittimità di una teoria del negozio giuridico. Merita soltanto osservare che, ridotto ad un'astratta scelta di sistema « estrinseco » ⁽¹²⁰⁾, il problema di cui è parola da un lato acquista largo margine di relatività, e dall'altro rivela l'esistenza di un pericolo. La sua finale riduzione ad un semplice fatto di gusto avviene perché, posto in termini di puro *Ordnungsbegriff*, il dilemma tra accoglimento o meno del paradigma del negozio mostra di esaurirsi in una questione di sottile dosaggio e, in ultima analisi, financo d'inclinazione personale del classificatore ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ V., per l'originaria impostazione della dicotomia nella dottrina italiana, GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 38 ss., specie 58 ss., 69 ss.; e cfr., tra gli altri, il commento di PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *Annali dell'Univ. di Macerata*, XV, 1941, p. 30 ss. Su entrambi v. poi JEMOLO, *Ancora sui concetti giuridici*, ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 147 ss. A non accogliere le premesse ideologiche del G. (v. *op. cit.*, p. 46 ss., e, in senso critico, ad esempio ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 501, nota 13, nonché *Recensione* a Gorla, *Il contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 934; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 15-16), la terminologia che contrappone il concetto « legislativo » al concetto « scientifico » (richiamante un mero *Ordnungsbegriff*, disancorato da specifici contenuti normativi) merita di essere modificata nel senso suindicato. Per la configurazione di questi *Ordnungsbegriffe*, v. già HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 62-63, e STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, in *Festgabe für Heck, Rümelin, Schmidt*, Tübingen, 1931, p. 80.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s.d. (ma 1965), p. 7 ss.

⁽¹²¹⁾ V. CARRESI, *Recensione* a Scognamiglio, cit., p. 492, 495. A parte il richiamo ai seppur ridotti elementi comuni d'indole normativa, potreb-

Quanto al pericolo, esso resta quello di cedimenti (ove si accetti di « costruire » in questa chiave la figura) al processo logico-formale caratteristico dell'*Inversionsmethode* ⁽¹²²⁾; ed è anzi precisamente in rapporto a questo rischio, che sembra vadano intese le penetranti riserve oggi avanzate contro la teoria generale del negozio ⁽¹²³⁾.

bero coonestare la posizione del negozio come autonomo schema a fini « ordinatori », e la correlativa stesura di una « teoria »: l'omogeneità della problematica posta (vi accenna GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 86, ma vi ascrive particolare importanza SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 11, e *Contratti*, cit., p. 5); l'unitarietà del fenomeno sul piano della realtà sociale (e anche — genericamente — della « situazione d'interessi » considerata: HECK, *Der Allgemeine Teil des Privatrechts, Ein Wort der Verteilung*, in *Arch. f. civ. Praxis*, 146, 1939-40, p. 13); la comune esigenza di una spiegazione logica del peculiare momento funzionale (v. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 10 ss.; e SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 15 ss., ma anche — pur da diversissimo punto di vista — G. STOLFI, *Teoria del negozio*, cit., *Introduzione*). In definitiva, la risposta all'interrogativo segnalato appare suscettibile di mutare, « a seconda che si accentui il momento dell'identità o quello della differenza »: DE GIOVANNI, *op. cit.*, p. 10.

⁽¹²²⁾ Appunto di mettere in guardia contro questo possibile e non raro fraintendimento premeva ad HECK, *Der Allgemeine Teil*, cit., p. 10 e (per il negozio giuridico) 13-14: v., del resto, per l'impostazione programmatica di HECK, già *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1909, c. 1457 ss., e *Begriffsbildung*, cit., p. 69, 165 ss.; e cfr. anche STOLL, *Begriff und Konstruktion*, cit., p. 69. Per analoghe censure, pur muovendo da presupposti ideologici assai diversi, GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 34, e soprattutto p. 51 ss. Più di recente, v. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, p. 271 ss. (con riguardo agli *empirischen Allgemeinbegriffen* di tipo tecnico-giuridico).

⁽¹²³⁾ Riserve, che accompagnate da ammonimenti a non creare categorie prive di apprezzabile contenuto normativo e come tali sostanzialmente aprioristiche, nonché da denunce dell'appiattimento di prospettiva cui per questa via si potrebbe arrivare in ordine alla visione dei fenomeni particolari, assolvono nel pensiero del momento presente, contro la minaccia di deformazioni concettualistiche, la funzione di uno stimolante richiamo alla realtà del diritto positivo. V. RESCIGNO, *Interpretazione*

Assai diversamente si pone il quesito se il negozio giuridico assurga nel sistema vigente al rango di concetto legislativo-interpretativo (ricavabile e utilizzabile, cioè, in via ermeneutica). Qui, da un canto, il discorso ritrova la massima concretezza di implicazioni normative; ma per altro verso basterà il riscontro anche di un unico punto di rilevanza ermeneutica, della disponibilità anche per un solo passaggio analogico, affinché l'enucleazione del concetto-ponte risulti (seppure nei limiti della sua reale capacità d'impiego) giustificata.

A colmare i vuoti di disciplina, che in misura più o meno ampia il codice presenta per i negozi non contrattuali ⁽¹²⁴⁾, può anzitutto giovare soltanto il ragionamento per analogia.

Però, nel ricorso a tale forma di ragionamento, bisogna tenerne ben presenti i presupposti e la struttura ⁽¹²⁵⁾. Quando nella teoria generale si è messo avanti, come esempio di « tipica

del testamento, cit., p. 185 ss.; e ALLARA, *Le nozioni fondamentali*⁵, cit., p. 168-170, nonché, ad esempio, *La teoria generale del contratto*², cit., p. 12-14; CARRESI, *Recensione a Scognamiglio*, cit., p. 493 ss., e *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 269-272, 276. V., inoltre, GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 69 ss., che peraltro (p. 82-86) non nega *a priori* potersi dal sistema ricavare anche un concetto legislativo-interpretativo di negozio, e indica anzi i criteri che dovrebbero presiedere al suo eventuale ritrovamento in via ermeneutica (v. anche *op. cit.*, p. 62); più marcata in senso negativo appare la posizione dell'a. in *Il potere della volontà*, cit., p. 19 ss.

⁽¹²⁴⁾ Anche per il testamento, l'incompletezza della disciplina e la necessità d'integrazione non possono essere negate, sebbene si osservi a ragione che, oggi, in questo campo « alcune delle ragioni pratiche, che sollecitavano l'elaborazione di principi generali sono cadute »: RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 206 (senza peraltro disconoscere, su certi punti, la frammentarietà e disorganicità della disciplina, e la sua necessità di essere completata).

⁽¹²⁵⁾ V. soprattutto BOBBIO, *L'analogia*, cit., p. 87 ss. (per l'analogia in logica), p. 101 ss. (per l'analogia giuridica); CAIANI, voce *Analogia*, cit., p. 362 ss.; M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, I, in *Jus*, 1941, p. 528 ss., e II, ivi, 1942, p. 45 ss.

formulazione » del ragionamento analogico, quello concernente la materia del negozio (propriamente, l'applicazione di norme sui contratti al testamento), il passaggio è apparso valido nella misura in cui il termine di riferimento della somiglianza, cioè la categoria del negozio giuridico, possa reputarsi inoltre la « ragion sufficiente per cui al contratto sono riferite quelle determinate disposizioni » ⁽¹²⁶⁾. Sennonché il nucleo del problema sta appunto in ciò, che in realtà l'identificazione di una *figura iuris* come avente i tratti caratteristici dell'atto di autonomia privata, e la sua conseguente qualifica come negozio, di per sé ovviamente non bastano a costituire valida base di procedimento analogico ⁽¹²⁷⁾. Certo, già ed anche in sede strettamente interpretativa, l'accertata riconducibilità di due atti alla comune zona d'incidenza dell'autonomia privata non si presenta priva di valore, ponendo essa in luce, per così dire, l'« astratta » (o ge-

⁽¹²⁶⁾ BOBBIO, *op. cit.*, p. 102-103, giustamente ammonendo, però, a non dimenticare qui « che la validità del ragionamento riposa sulla deduzione implicita e che è quindi compito dell'interprete, che voglia veramente fare opera di interpretazione logica e non di costruzione arbitraria, di renderla esplicita e di manifestarla, per giustificare e convalidare il proprio procedimento logico ». Su come la sussunzione sotto concetto sistematico possa talora non essere illegittima di per sé, ma solo mascherare l'analogia, v. un pertinente rilievo in LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Memorie Ist. giur. Univ. di Torino, s. d. (ma 1965), p. 270-271.

⁽¹²⁷⁾ Da questo punto di vista, anzi, può sostanzialmente condividersi l'osservazione che le dottrine dell'autonomia privata, se probabilmente sono giunte a definire correttamente il negozio sotto l'aspetto funzionale (preoccupandosi, in ispecie, di risolvere un problema di demarcazione), hanno spesso rinunciato per contro a indagare analiticamente, seguendo nella viva realtà dei loro concreti particolari, la struttura e in genere la disciplina del negozio, abdicando così al compito di rintracciare le eventuali linee di fondo comuni, che sole possono giustificare un accostamento dei vari atti componenti la categoria sul piano del diritto positivo (nel che si sostanzia, poi, il fondamentale problema moderno del negozio): v. PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 127-134, 158 s., 160 ss.

nerica) compatibilità delle rispettive norme ⁽¹²⁸⁾. Però bisogna ancora considerare che le singole disposizioni, relative a ciascun negozio, risolvono di volta in volta concreti e specifici problemi pratici, ognuna in base a criteri di valutazione determinati e peculiari al caso. Di conseguenza, per impostare in modo corretto le premesse di un ragionamento analogico, ciò che qui veramente occorre è isolare nella sua autentica individualità il « principio » desumibile dalla norma a cui ci si riporta, accertare se non sia diversa la *ratio* specifica delle situazioni in esame: ossia procedere caso per caso ad una verifica di concreta « compatibilità ».

È, in fondo, la medesima strada additata dall'art. 1324. Se ci si ferma un momento all'ambito esplicito di questa centrale disposizione, invero, ci si accorge che in essa il legislatore non fa — con riguardo agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale ⁽¹²⁹⁾ — se non percorrere egli stesso un tratto sulla via del procedimento analogico, statuendo normativamente la compatibilità astratta e quindi l'applicabilità di principio delle regole generali sui contratti rispetto agli atti in questione, e rimettendo invece all'interprete il controllo della compatibilità concreta delle singole disposizioni: al risultato si sarebbe a rigore potuti pervenire, anche in assenza dell'esplicita previsione legislativa ⁽¹³⁰⁾.

Tuttavia l'art. 1324, riguardato nelle sue più generali implicazioni, si è prestato a un duplice e contrastante intendimento: talora si è vista in esso la vera base testuale per l'edificazione

⁽¹²⁸⁾ V. l'espressione in MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del cod. civ. UTET*, IV, 2, rist., Torino, 1961, p. 27.

⁽¹²⁹⁾ Che altrimenti sarebbero rimasti privi di espressa disciplina, tranne che per sparse e frammentarie norme, a cui riserva ovviamente salvezza lo stesso art. 1324.

⁽¹³⁰⁾ Lo nota CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 271.

della categoria del negozio giuridico ⁽¹³¹⁾; altra volta lo si è giudicato, invece, come il maggiore ostacolo di diritto positivo all'accoglimento di un concetto « legislativo » di negozio ⁽¹³²⁾. Quest'ultima interpretazione appare senza dubbio poco congrua alla realtà del sistema espresso dal codice, non solo perché le intenzioni dei redattori, nel porre la norma, furono con sicurezza esattamente opposte ⁽¹³³⁾; ma anche perché non si vede in forza

⁽¹³¹⁾ Così specialmente SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 81-82. V., inoltre BARBERO, *Sistema*⁶, I, cit., p. 335; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 117-118 (e cfr. p. 711); SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 128 (e, per un'applicazione, p. 230); nonché, ad esempio, BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., p. 1294; CRISCUOLI, *La causa del testamento*, in *Circ. giur.*, 1959, p. 84. Annettono all'art. 1324 forza espansiva oltre i suoi limiti letterali (e sino a comprendere il testamento), anche GANGI, *La successione testamentaria*², II, cit., p. 488 (ma piuttosto apoditticamente, e con specifico riguardo alle norme sull'interpretazione); e ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario (Appunti)*, Torino, s.d. (ma 1964), p. 51 (nei limiti della « compatibilità »; applicazioni a p. 57 e 77: sull'ultimo punto cfr. anche *Principi*, cit., p. 65).

⁽¹³²⁾ CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 270-272. V. inoltre MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 27; e G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 35 ss. (che però finisce coll'ammettere, sebbene sotto molte riserve, la possibilità — da controllarsi volta per volta — che alcune norme relative ai contratti siano estese anche fuori dai confini letterari dell'art. 1324). Contro l'ammissibilità di un richiamo, sulla scorta dell'art. 1324, al limite della compatibilità per il testamento, anche LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 28.

⁽¹³³⁾ Essendosi anzi esplicitamente dichiarato nella *Relazione al Re*, che « le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art. 1324, che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico » (n. 602), e giudicato « ovvio altresì che la menzione della categoria di atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale non esclude la possibilità di un'estensione analogica » delle norme applicabili pure fuori dalla sfera di tale esplicito richiamo (n. 604, con specifico riferimento agli atti unilaterali di natura non patrimoniale).

di quale motivo il legislatore avrebbe dovuto vietare in materia il ricorso all'analogia entro i limiti del suo ordinario impiego ⁽¹³⁴⁾.

Peraltro, anche la tesi menzionata per la prima abbisognava certo di migliore approfondimento. Ciò sembra sia stato raggiunto quando — pur riconoscendo che l'art. 1324 presenta immediatamente due aspetti, uno positivo (estensione « diretta » della disciplina dei contratti ai negozi unilaterali *inter vivos* di natura patrimoniale) e, di riflesso, uno negativo (esclusione di tale applicazione « diretta » agli altri negozi) — si è insieme colto uno tra i profili più significativi (per quanto implicito) della norma, proprio nella regola della compatibilità da essa posta in risalto: precisamente tale regola autorizzando infatti — con il segnalare la possibilità e necessità di una selezione all'interno delle norme concernenti il contratto sulla base della loro *ratio* specifica — la questione dell'analogia riguardo ai negozi non contemplati nell'art. 1324 ⁽¹³⁵⁾.

Si conferma così, a cardine dell'intera problematica, il criterio della « compatibilità », quale il più valido metro di commisurazione del grado di elasticità delle singole norme prese in considerazione. In sede pratica, e con riguardo ai problemi di struttura (e d'interpretazione), nel raffronto tra le discipline del contratto e del testamento di questo metodo sono state tentate da ultimo interessanti applicazioni ⁽¹³⁶⁾, sulle quali tuttavia non si può né si deve ora indugiare. Il punto che qui interessa è un altro: quello dei limiti, e dei controlli, che l'autonomia privata

⁽¹³⁴⁾ Mentre il solo richiamo nell'art. 1324 agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale agevolmente si spiega, riflettendo che scopo della norma è di dettare la disciplina di negozi che (al contrario del testamento, e di quelli familiari) non trovano nella legge specifica considerazione: v. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 81-82.

⁽¹³⁵⁾ PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 461-463. Inadeguata la critica di G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 35 (e nota 47), 42 (in nota 69), e di LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 222-223, 41 (in nota 7).

⁽¹³⁶⁾ Dal PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 474 ss., 520 ss.

incontra in materia di testamento. Porre un simile problema equivale, allo stato attuale della ricerca, a chiamare in causa la capacità espansiva dell'art. 1322.

31. — È ormai dato largamente acquisito che l'art. 1322 cod. civ. costituisce il centro di gravità dell'intera problematica della privata autonomia, se riguardata dal punto di vista « funzionale » ⁽¹³⁷⁾. Non è però alla meditazione sul principio della libertà nella determinazione del contenuto concreto del negozio, dall'art. 1322 posto nel primo comma, che particolarmente sollecita lo studio sul testamento ⁽¹³⁸⁾. L'attenzione dovrà invece fermarsi su altri due aspetti, davvero fondamentali, che all'interno di tale problematica la norma segnala nel capoverso, espressamente disciplinandoli per il contratto: il « tipo »; « l'interesse meritevole di tutela ».

L'idea di un'influenza dell'art. 1322 in tema di testamento è d'ordinario respinta dalla dottrina ⁽¹³⁹⁾. Tuttavia, escluso che a tali resistenze possa offrire sostegno l'art. 1324, si giustifica un tentativo di verificare come concretamente agisca sul punto il menzionato limite della « compatibilità ».

Conviene iniziare dal primo dei due profili sopra messi in luce: quello concernente il « tipo ». Qui la *ratio* della norma si presenta di agevole ricostruzione. Superato l'antico e rigido formalismo, ancorato ad un *numerus clausus* di negozi tassati-

⁽¹³⁷⁾ V., per tutti, BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., specie p. 103 ss., 194 ss.; G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 118 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 49; MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 20; Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., p. 98; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 124 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 9-10.

⁽¹³⁸⁾ Circa l'assoluta normalità della posizione del testamento sotto questo profilo, v. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 122.

⁽¹³⁹⁾ Per le prese di posizione esplicite e di principio, v. soprattutto CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 272-273; G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 58 s. (e anche p. 11, nota 12).

vamente prefigurati, l'ordinamento (pur non abdicando al suo naturale compito di ordinare « tipicamente » e per schemi, con la maggiore completezza possibile, l'attività negoziale dei privati) si adegua alla multiforme varietà della vita sociale e all'esigenza di una più ampia protezione dell'autonomia privata, riconoscendo ai soggetti — quanto meno nell'ambito di una funzione generalmente determinata e ammessa, com'è quella di « costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale » (art. 1321) — la facoltà di porre in essere negozi anche non nominativamente previsti dalla legge, benché a condizione che siano « diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico » ⁽¹⁴⁰⁾. Alla base dell'art. 1322, comma 2, sta appunto l'ammissione di questo principio antiformalistico, il riconoscimento di questa esigenza di fondo, che non sia negata « la naturale espansione delle categorie giuridiche » ⁽¹⁴¹⁾, ove nel sistema non siano immanenti barriere di altra natura.

Non v'è dubbio quindi che la *ratio* della norma la renda non estensibile, per ovvi motivi, ad esempio ai negozi familiari. Ma davvero di non altrettanta immediata intuizione appare la ragione, per cui una sua « portata espansiva » dovrebbe essere esclusa con riguardo alle disposizioni testamentarie ⁽¹⁴²⁾. Quest'ultima circostanza è talora apparsa scontata: si è detto che anche gli atti a causa di morte sono rigidamente tipizzati, giacché al privato, per disporre dei propri beni *post mortem*, è « concesso

⁽¹⁴⁰⁾ V., sempre con espressa attenzione al contratto, in particolare BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 194 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Per riprendere la plastica espressione di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 115 (non riferita però all'art. 1322).

⁽¹⁴²⁾ Nel senso che principi sostanzialmente analoghi a quelli che reggono l'autonomia contrattuale valgano anche per il testamento, di modo che debba considerarsi « sacra l'ultima volontà, qualunque essa sia, purché non lesiva dell'ordine pubblico, del buon costume e della legge », v. un cenno — ma del tutto assiomatico (e poi svolto con riguardo alle disposizioni non patrimoniali) — in BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 303.

di avvalersi non soltanto di un solo atto, il testamento, ma nella determinazione del contenuto di questo atto, esclusivamente dei due schemi dell'istituzione di erede e del legato » ⁽¹⁴³⁾; anzi, tra

(143) CARRESI, *op. cit.*, p. 272. Qualcosa di simile in un'affermazione di RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 668.

Un senso particolare sembra poi assumere l'affermazione dell'esistenza di un *numerus clausus* di negozi nel diritto ereditario, al contrario che nel diritto delle obbligazioni, per la dottrina tedesca (v., ad es., FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., p. 14-15): l'asserto è fondato sopra la rigidità delle situazioni giuridiche in ordine alle quali è destinato ad incidere il negozio, ed è infatti contemporaneamente riferito anche ai negozi concernenti diritti reali (v., su quest'ultimo punto, i rilievi di G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 239 ss.); che la contrapposizione ricordata sia « da intendere *cum grano salis* », tiene d'altra parte a sottolineare lo stesso FLUME, *op. cit.*, p. 14 (e cfr. anche, in proposito, la graduata impostazione di NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹⁵, II, cit., p. 1150). V., analogamente a F., per il diritto successorio COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 6, 94-95 (che pure avvicina per il resto, sotto il profilo dei limiti, la *Testierfreiheit* alla *Vertragsfreiheit*: p. 75-76); H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B. G. B.*¹¹, V, 1, cit., p. 338, tuttavia riconoscendo, sulle orme di un'originaria asserzione di Kipp, che al testatore è quanto meno dato di porre in essere, oltre alle disposizioni espressamente previste dalle norme di legge, anche quelle « la cui ammissibilità risulta in base ad una corretta interpretazione del contenuto complessivo di tali norme » (l'affermazione di Kipp è ripresa anche da ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento*, cit., p. 208, e nota 205, che parla perciò di « atto di tipicità non espressa »; e, per diritto svizzero, da ESCHER, *Komm. z. schweiz. Z. G. B.*³, III, 1, cit., p. 242: conforme nei risultati TUOR, *Berner Komm.*², III, 1, cit., p. 198 s.). Che qui gli autori tedeschi possano talora parlare di *Typenzwang* (v. già PLANCK-FLAD, *Komm. z. B. G. B.*⁴, V, cit., p. 42), e insieme che il problema non risulti in essi troppo profondamente meditato, si spiega d'altronde pure con l'analiticità dedicata dal B. G. B. all'individuazione delle singole figure di disposizioni testamentarie (si ricordi il § 1938, per la diseredazione), attenzione che non sembra aver lasciato scoperte ipotesi rilevanti (cfr., per tutti, una lunga elencazione delle disposizioni ammesse in COING, *op. cit.*, p. 94 s., e H. LEHMANN, *op. cit.*, p. 338 s.): anche l'unico esempio a cui ci si richiama nel sostenere la « tipicità » (esclusione del

le conseguenze di ciò sarebbe precisamente l'attuale inammissibilità della diseredazione ⁽¹⁴⁴⁾. Nel ragionamento è interessante la distinzione, implicitamente introdotta, fra il piano del testamento in quanto tale e il piano delle singole disposizioni: però sui suoi risultati non sembra si possa convenire.

Certo fra testamento e contratto, come categorie « generali » nel cui interno sono destinate a muoversi numerose sottospecie, esistono (nonostante la comune nota della « patrimonial-

legato *per vindicationem*), è in definitiva suscettibile di venir riportato ad un chiaro divieto legale (vedine la motivazione in LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 258 s., e COING, *op. cit.*, p. 250; ma cfr. soprattutto BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 298-300, che ricorda i precedenti della norma « cogente » del § 2174, ed assume un orientamento assai critico *de jure condendo*): Né escono dal generico le prese di posizione apparentemente contrarie al principio del numero chiuso (che non sembrano mai rivolgersi a vere e proprie ipotesi di disposizioni d'ultima volontà innominate): BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 72 (il possibile contenuto delle disposizioni a causa di morte « non è determinato in modo esclusivo dalle norme programmatiche dei §§ 1937-1941 »), seguito da MODEL, *Testamentsrecht*, cit., p. 49, 3 (nota 1), 22 (che però, a p. 27, riproduce l'assunto della tipicità); PALANDT-RECHENMACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁶, cit., *sub* § 1937, n. 1, p. 1404. Questi ultimi a. si collegano all'opinione più volte espressa dalla giurisprudenza: v. l'affermazione del R.G., 27 settembre 1920, in *Entsch. des R.G.H. in Z.S.*, 100, 1921, p. 77 (« il contenuto delle disposizioni di ultima volontà non sottostà ad altri limiti che a quelli risultanti dalla legge », e le norme dei §§ 1937-1941 « non sono da intendere nel senso, che esclusivamente le disposizioni lì indicate siano ammesse »: il caso di specie riguardava la nomina ad arbitro dell'esecutore testamentario); la seconda massima si trova genericamente ripresa da R.G., 8 febbraio 1943, in *Deutsches Recht*, 1943, p. 609-610 (ma la controversia verteva su una dichiarazione di revoca di donazione per ingratitudine contenuta in testamento, cioè su un atto giuridico *post mortem*, non *mortis causa*: v. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 233 ss.); per un'altra generica ma simile illazione, cfr. O. L. G. Frankfurt a. M., 22 settembre 1949, in *N. Jurist. Wochenschrift*, 1950, p. 607 (però in ordine al problema, se il testamento possa contenere solo la revoca di un altro testamento).

⁽¹⁴⁴⁾ CARRESI, *op. cit.*, p. 273.

lità») differenze sostanziali: del contratto è appariscente, nei confronti del negozio *mortis causa*, la peculiarità di funzione, in quanto strumento a disposizione dei privati per comporre fra di loro conflitti d'interesse, attuare scambi, allacciare legami di cooperazione. Peraltro non pare che ciò possa costituire elemento sufficiente a fondare un'assoluta « incompatibilità » del principio qui considerato rispetto al testamento. Anche nell'art. 587, comma 1, c. civ., che contiene la definizione del testamento (« e rappresenta quindi il *pendant* dell'art. 1321 per il contratto »), è descritta una generale « funzione » dell'autonomia privata nel campo delle situazioni patrimoniali, è cioè riconosciuta genericamente ai privati (sempre con taluni limiti) la competenza a regolare un certo fenomeno della vita sociale avente rilievo economico: e pur qui non v'è ragione per irrigidire entro schemi fissi e predeterminati in maniera inalterabile i modi di esercizio di detta competenza ⁽¹⁴⁵⁾. Un esempio delle formalistiche e ingiustificate conseguenze, a cui una simile impostazione potrebbe condurre, è del resto offerto proprio dal tema della diseredazione.

La verità è, piuttosto, che anche l'interpretazione analogica risente ineluttabilmente di « valutazioni » operate dall'interprete,

⁽¹⁴⁵⁾ Dal BIONDI, *Successione testamentaria*², cit., p. 179 ss., sono messe in luce le fasi, le modalità e le ragioni del processo storico che, nello sviluppo del diritto romano, ha portato dalla rigida e rigorosa tipicità dell'antico sistema in materia di contenuto del testamento ad un momento in cui, perlomeno sostanzialmente, anche al riguardo « può dirsi superata la tradizionale tipicità degli istituti romani, e qualunque volontà *mortis causa*, purché lecita, è valida » (p. 213), e « quello che oramai si considera non è il tipo di disposizione, ma la volontà del disponente e la sua liceità » (p. 181). Interessante è anche la constatazione, che nel diritto classico quanto impediva il superamento della tipicità era « soprattutto il sistema delle *actiones* » (v., per un significativamente analogo rilievo, nell'ambito di un discorso svolto in termini generali, ma poi riferito nei risultati al solo contratto, BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 195); tuttavia la visuale storica dell'a. non sembra del tutto coerente con quella affacciata a p. 180, per diritto moderno.

prima ancora che nella scelta della norma da assumere a punto di riferimento dell'indagine — nonché nella determinazione della sua *ratio* (e dell'eventuale esistenza, tra le situazioni raffrontate, di fattori comuni rilevanti ai fini analogici) ⁽¹⁴⁶⁾ — già nello stesso momento iniziale, in cui si stabilisce la presenza o meno di una « lacuna » da colmare, di un « caso dubbio » da risolvere con il ricorso al ragionamento per analogia ⁽¹⁴⁷⁾. E con ogni probabilità, coscientemente o inconsapevolmente, proprio una valutazione di quest'ultimo tipo è innanzitutto intervenuta a mettere fuori causa lo spunto analogico di cui è discorso: quella celantesi nel già discusso dogma di preminenza della successione legittima ⁽¹⁴⁸⁾. Evidentemente il « dogma » porta a vedere con

⁽¹⁴⁶⁾ V. ancora CAIANI, voce *Analogia*, cit., p. 364, e *I giudizi di valore*, cit., specie p. 239 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., p. 178-179.

⁽¹⁴⁸⁾ La « valutazione » è esplicitamente al centro della tesi di PICONI, *Die Auslegung von Testament und Erbvertrag*, cit., p. 25; sicuramente non estranea, data l'aperta professione che segue, a ESPINAR LA FUENTE, *op. cit.*, p. 207-208; posta su basi diverse (soggezione del testatore alla legge, che sola mette in moto il meccanismo della trasmissione successoria), ma forse inavvertitamente superstita in RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 668.

Che anche alla radice della presa di posizione di BONFANTE, *Mandato « post mortem »*, ora in *Scritti giuridici vari*, cit., III, p. 271 ss., stesse un preciso (sebbene diverso) atteggiamento ideologico, chiarisce GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 115 (v., d'altra parte, l'esplicita asserzione di B., a p. 277); il giudizio di valore si risolveva, questa volta, nella preoccupazione per il rischio di un'eventuale « antisocialità » dell'atto, e in un'anticipata tendenza a introdurre un limite d'ordine funzionale all'esercizio dell'autonomia negoziale *mortis causa*: la via prescelta appare adesso inopportuna proprio di fronte all'art. 1322, comma 2, che addita (con un'indicazione che sembra di valore generale) nel controllo sull'« interesse meritevole di tutela », e non nella restrizione del « tipo », lo strumento per la realizzazione dell'esigenza (e per l'eliminazione del rischio) in parola (da notare, poi, la pur assai sfumata attenuazione introdotta dal B. nella *Postilla*, p. 277, ove si segnala la tendenza all'al-

sfavore, come eccezione alla regola della vocazione legale, la disciplina testamentaria della vicenda successoria: e se un simile « giudizio di valore » potesse venir congruamente derivato dal sistema legislativo, bene rientrerebbe nella sua « logica » la presentazione della libertà negoziale *mortis causa* come volutamente circondata dalle più ampie cautele, e così, in definitiva, la stessa ammissione di una rigorosa tipicità normativa delle disposizioni testamentarie. Però, superato il dogma, e dimostrata l'estraneità al sistema vigente del sottostante giudizio di valore, riprendono forza le ragioni che hanno determinato la posizione del problema; e l'estensione alla specifica sfera di competenza del testatore (art. 587, comma 1) — seppure con i dovuti adattamenti — del basilare principio di autonomia negoziale ricavabile dal-

largamento del contenuto del testamento in diritto moderno, e si richiama una sintomatica ammissione fatta negli *Scritti giuridici vari*, I, cit., p. 404, secondo cui nelle primitive manifestazioni di simile tendenza « aleggia, per così dire, lo spirito nuovo », e « certamente è questo spirito che finirà per trionfare ». Comunque sia la tesi del B., essenzialmente rivolta alla questione particolare (mandato *post-mortem*), non incontrò favorevole accoglienza nella nostra dottrina (nonostante l'adesione, anche in talune motivazioni, di POLACCO, *Delle successioni*², I, cit., p. 428): si obiettò, in ispecie, che « il campo delle disposizioni di ultima volontà non è punto limitato » e che anzi esse, anche se non *nominatim* previste dal codice, « sono valide, sempre che non vi osti una precisa disposizione di legge » (L. COVIELLO jun., *Il « mandatum post mortem »*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 51); si negò che le disposizioni suscettibili di formare oggetto di testamento costituiscano un *numerus clausus* (Salv. ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia*, cit., p. 6, per quanto con diretto riferimento alle disposizioni non patrimoniali, e con maggiori delimitazioni); si riaffermò (ma sempre allo stesso riguardo) che nel silenzio della legge « di regola sia da ammettere la piena autonomia del testatore » (poiché « barriere alla volontà testamentaria esistono certo, ma è solo la legge che le traccia »): BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 303. V., in senso critico, anche CARIOTA FERRARA, *Mandato « post mortem » e disposizioni sulla sepoltura*, in *Foro Lombardia*, 1934, p. 744.

l'art. 1322, sembra confermarsi come aderente allo spirito della legge ⁽¹⁴⁹⁾.

32. — Occorre considerare un'altra possibile obiezione, questa volta fondata sopra una premessa che non tanto precluderebbe l'argomentazione analogica, quanto ne sposterebbe radicalmente i termini di riferimento ⁽¹⁵⁰⁾. Il rapporto di somiglianza, cioè, potrebbe essere instaurato con il negozio unilaterale tra vivi, che la comune dottrina reputa contraddistinto da un regime di tassativa tipicità ⁽¹⁵¹⁾. Ma l'eventuale tentativo di enucleare al riguardo un principio generale, valido anche per il testamento, sarebbe sicuramente fuor di luogo.

Si potrebbe già ricordare, in contrario, come pure in ordine ai negozi unilaterali *inter vivos* aventi contenuto patrimoniale l'esatto valore del principio di tipicità sia stato di recente rimesso in discussione, a seguito di un importante intervento teso a rivalutare anche in quel settore il genuino ruolo spettante alla autonomia privata ⁽¹⁵²⁾. Se poi di approfondimenti in proposito

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. anche, per quanto in termini assai generali, le osservazioni di BARBERO, *Ragioni per una « parte generale » nel nuovo codice*, in *Jus*, 1941, p. 73-74. Riguardo al contenuto del testamento, mostra di non credere che nel nostro sistema esista una rigorosa tipicità, sebbene in una diversa prospettiva, pure GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Studi in on. di F. Messineo*, I, Milano, 1959, p. 225.

⁽¹⁵⁰⁾ Vedine un accenno, ma anche un rapido superamento, in GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 115.

⁽¹⁵¹⁾ Con particolare decisione, in una dottrina abbastanza incerta e oscillante, CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, cit., p. 273 ss. V., inoltre, BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in *Commentario del cod. civ.* diretto da Scialoja e Branca, *Libro IV*, Roma-Bologna, 1959, sub art. 1987, p. 352; MESSINEO, *Manuale*⁹, cit., I, p. 475 e V, p. 235 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 170 s.; V. M. TRIMARCHI, voce *Atti unilaterali*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1528.

⁽¹⁵²⁾ G. FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, p. 481 ss. La tesi di G. Ferri — nella quale vede

si può fare a meno, è per l'assorbente motivo che, persino alla stregua delle più lucide impostazioni della dottrina dominante, appare esclusa *a priori* la ragionevolezza di ogni ipotetico sforzo diretto a trasportare meccanicamente la tematica accennata — ed il canone legale che dovrebbe ispirarla — nel campo dei negozi di ultima volontà. L'arbitrarietà di simile procedimento interpretativo, viziato dalla negligenza delle specifiche diversità esistenti sotto il profilo in questione tra le due categorie di atti, risulterebbe infatti chiara una volta identificata nella tutela della posizione del dichiarante-promittente ⁽¹⁵³⁾, avuto riguardo

«riserve, che preludono ad una revisione» della tradizionale dottrina della tipicità degli atti unilaterali RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 230, nota 50 (che ricorda anche un recente scritto di Van Ryn) — è ora ripresa e approfondita da G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 29-32. Un tentativo, forse troppo assoluto (se si bada a tutte le possibili implicazioni della tesi in esame), di decantare la contrapposizione tra le due correnti dottrinali menzionate, ha abbozzato MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 91, nota 29 (per l'impiego delle note distinzioni tra *Abschlussfreiheit* e *Inhaltsfreiheit*, e qui, ancora, tra libertà nella determinazione del contenuto del negozio tipico e libertà di creazione di figure negoziali atipiche — alla cui trascuranza risalgono molti equivoci, ma nel quale non sembra ad ogni modo potersi totalmente esaurire il problema considerato — v. ad es., nella recente letteratura italiana, AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 75, nota 35, e rispettivamente DALMARTELLO, *Società tipiche e clausole atipiche*, in *Riv. dott. comm.*, 1960, p. 216 ss.; in dottrina tedesca, per tutti, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 5ª ed., München-Berlin, 1962, p. 44 ss., e l'ancor più articolata presentazione di NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹⁵, II, cit., p. 1005, nota 18, sempre però con riguardo alla *Vertragsfreiheit*). Sul tema, un altro spunto chiarificatore (da diverso punto di vista) si trova adesso in SACCO, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, cit., p. 974 ss.

⁽¹⁵³⁾ Ravvisa invece la *ratio* in esame nella tutela dei destinatari, per il pericolo che l'atto unilaterale si possa risolvere, «rotti gli argini della tipicità, in uno strumento di sopraffazione, o, quanto meno, di arbitraria intromissione nella sfera giuridica dei terzi», CARRESI, *op. cit.*,

non tanto alla gravità dell'immediata efficacia vincolante della promessa ⁽¹⁵⁴⁾, quanto alla sua ambiguità sotto il profilo causale ⁽¹⁵⁵⁾, la ragione che ha determinato la cautela del legislatore nei confronti delle (o di certe) promesse unilaterali (art. 1987 ss.) ⁽¹⁵⁶⁾: l'ovvia constatazione, che tale *ratio* giustificatrice è del tutto estranea alla materia del testamento, sbarrerebbe in partenza la strada all'estensione analogica.

Tuttavia l'indagine può procedere oltre, tornando a tal fine utili proprio alcuni rilievi che sono scaturiti dalla ricordata indagine sulle promesse unilaterali. Qui i « casi ammessi dalla legge » (art. 1987) non si concretano in regolamenti tipici di interessi, ma in categorie generali, al cui interno l'autonomia negoziale ha piena possibilità di esplicarsi, di creare una molteplicità di regolamenti d'interessi, « rispetto ai quali può determinarsi una tipologia » ⁽¹⁵⁷⁾; significativo è anche il riscontro, che qualcosa di molto simile vale in sostanza per i contratti ⁽¹⁵⁸⁾. Trova così conferma quanto era già emerso più

p. 275-276. Ma v., contro tale preoccupazione, le giuste obiezioni di G. FERRI, *op. cit.*, p. 482-483; e anche BRANCA, *op. cit.*, p. 352; G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 31, nota 42.

⁽¹⁵⁴⁾ Aspetto non trascurato da G. FERRI, *op. cit.*, p. 483, e ridimensionato da G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 31.

⁽¹⁵⁵⁾ BRANCA, *op. cit.*, p. 354; ma il punto è ora particolarmente chiarito da SACCO, *op. cit.*, p. 976-978. Oltre tutto, verosimilmente rileva qui, ancora una volta, il problema dell'accertamento di un'effettiva volontà di obbligarsi giuridicamente (sul quale v. GORLA, *Il contratto*, I, cit., specie p. 8 ss., 79 s.).

⁽¹⁵⁶⁾ V., per un ampliamento di prospettiva (comprendendo l'art. 1333), SACCO, *op. cit.*, p. 975 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ G. FERRI, *op. cit.*, p. 483-486: si ricorda, come esempio, l'esistenza all'interno della categoria dei titoli di credito di tipi legali differenziati, e soprattutto l'ammissibilità di titoli di credito innominati (che trova ormai sicura base legislativa, argomentando *a contrario*, nell'art. 2004 c. civ.).

⁽¹⁵⁸⁾ G. FERRI, *op. cit.*, p. 485.

sopra: se l'ordinamento non riconosce certo un'indifferenziata « autonomia » dei privati, neppure ne condiziona le manifestazioni a un rigido e formalistico schematismo; invece il riconoscimento avviene, nel diritto privato patrimoniale, per « funzioni » genericamente determinate ed ammesse (cui corrispondono ampi e comprensivi schemi strutturali), e nel loro ambito è lasciato all'autonomia privata un margine di manovra, di adeguamento degli schemi alle svariate esigenze della vita sociale. Da questo punto di vista, dire che il testamento è un negozio « tipico » può essere addirittura ovvio: ma lo è — fatte le dovute differenze — come lo è per il contratto, o per la promessa obbligatoria a soggetto indeterminato ⁽¹⁵⁹⁾.

Calza quindi, al proposito, un'intuizione originata dallo studio del contenuto dell'atto *mortis causa*, anche se rimasta senza sviluppi sul punto specificamente concernente la figura definita nel primo comma dell'art. 587: parlare di « tipicità » in tema di negozio di ultima volontà è esatto, ma purché non se ne abbia poi « visione sì angusta, da far coincidere il limite dell'autonomia privata col concetto di una tipicità formale che operi per rinvio ad un numero chiuso di *species nominate* » ⁽¹⁶⁰⁾. Questa

⁽¹⁵⁹⁾ Meno fondata appare l'affermazione, essere il testamento anche l'« unico negozio *mortis causa* ammesso nel nostro ordinamento » (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 315; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 37 s.), già di fronte all'interpretazione, che sembra preferibile, dell'art. 587, comma 2: v. *retro*, n. 22, nota 1.

⁽¹⁶⁰⁾ Giacché la funzione tipica di un atto non può esaurirsi « nella specialissima e determinata articolazione concreta del singolo fenomeno, che la legge si trovi eventualmente a disciplinare con una norma particolare », ma è naturalmente rappresentata « da quello schema più ampio, al quale, sotto l'indice dell'interesse tutelato, la specie espressamente prevista si riconduce »: GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, p. 115, notando anche che « la previsione della norma positiva può essere più o meno lata, a seconda della cura di dettaglio che il legislatore ha posto nel sussumere sotto schemi astratti il dato vario di cui la realtà sociale fornisce esperienza », e senza dubbio « quanto più si guarda a tipi marginali e di non

giusta prospettiva ha portato a concludere, con notevole allargamento di orizzonte, nel senso che tipicità del negozio a causa di morte vuol dire unicamente che esso, per essere valido, « deve rispondere alla generica funzione, che l'ordinamento gli riconosce come tipica »: ossia — per limitarci qui al testamento in senso proprio (art. 587, comma 1) — a quella di regolare la successione dei beni per il tempo posteriore alla morte ⁽¹⁶¹⁾. Peraltro è chiaro che ciò equivale ad ammettere, nell'ambito della generale funzione delineata, la piena libertà del testatore in ordine alla determinazione del contenuto del testamento, senza il limite del ricorso a disposizioni nominativamente previste (pur se, com'è ovvio, nel rispetto dei confini al riguardo segnati dalla già accennata relativa rigidità del fenomeno giuridico che l'autonomia privata è destinata a regolare, e dalle connesse restrizioni di ordine pubblico).

33. — Si è già accennato all'opportunità di distinguere, per chiarire ulteriormente i termini del problema, il piano del testamento in genere (art. 587, comma 1) da quello delle singole disposizioni. Qui il discorso s'interseca con la polemica intorno alla possibilità di configurare queste ultime come entità autonome sotto il profilo del « tipo » negoziale. Dalla risposta a tale interrogativo possono dipendere, tra l'altro, le stesse modalità di adattamento del « principio » ricavabile dall'art. 1322 cpv. alla materia del testamento. Qualora si ammettesse difatti l'indipendenza al livello indicato delle singole disposizioni, ossia la loro natura di autonomi negozi giuridici, il problema del tratta-

comune frequenza, tanto più può risultare attenuato nella previsione normativa il particolare », ma ciò non significa « che il fenomeno marginale sia, anche in parte, respinto », irrilevante, privo di tutela e riconoscimento (p. 116).

⁽¹⁶¹⁾ GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 118 (ove, peraltro, l'interesse è specialmente accentrato sulle disposizioni non patrimoniali). Per uno specifico approfondimento del punto, v. *infra*, n. 36 ss.

mento delle disposizioni « innominate » potrebbe coinvolgere quello dell'estensione alla materia della seconda parte del capoverso dell'art. 1322, che condiziona in simili casi il riconoscimento all'esistenza di un « interesse meritevole di tutela ».

Sul rapporto fra testamento e singole disposizioni testamentarie la riflessione dottrinale non sembra avere ancora raggiunto un sicuro punto di equilibrio. La tesi « atomistica », se ha trovato la sua più organica enunciazione nella recente indagine di un nostro giurista ⁽¹⁶²⁾, non si rivela, almeno nelle linee di fondo, né nuova per la letteratura italiana ⁽¹⁶³⁾, né ad essa peculiare ⁽¹⁶⁴⁾;

⁽¹⁶²⁾ BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Milano, 1965, p. 523 ss. (ma già in *Foro it.*, 1949, I, c. 566 ss.).

⁽¹⁶³⁾ L'intuizione risulta difatti già presente in un interprete del vecchio codice (COSATTINI, *Divergenza fra dichiarazione e volontà nella disposizione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 413-414), e in qualcuno tra i primi commentatori del codice vigente: D'AVANZO, *Delle successioni*, II, Firenze, 1941, p. 642, e BETTI, ora in *Teoria generale del negozio*², cit., p. 319 (ma sin dalla 1^a ed., 1943, p. 194); una fugace anticipazione sembrerebbe anche in FALZEA, *La condizione*, cit., p. 259, mentre sull'autonomia delle singole disposizioni (ma senza scendere sopra il terreno specifico della controversia in esame) poneva l'accento anche PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede e dei legati*, cit., p. 496.

Per più recenti adesioni, v. FRAGALI, *Clausole*, cit., p. 313-314; MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 80-81. Un cenno, ora, anche in TALAMANCA, *Successioni testamentarie (art. 679-712)*, cit., p. 18, nota 2.

⁽¹⁶⁴⁾ V. BOULANGER, *Usage et abuse de la notion d'indivisibilité des actes juridiques*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1950, p. 6. Ma per incontrare le prime manifestazioni della tesi si può risalire assai più indietro nel tempo: JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, 1, 4^a ed., Leipzig, 1888, p. 147-148.

Spunti al riguardo non sono poi estranei alla dottrina tedesca: v. (con riferimento al § 2085) NATTER, *Die Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, Tübingen, 1907, p. 71; contro LANG, *Teilweise Nichtigkeit*, cit., p. 108. Sempre nell'orbita della problematica accennata, aveva invece affermato la possibilità di considerare più disposizioni di ultima volontà contenute in un testamento come di per sé integranti più negozi giuridici

e tuttavia — pur di fronte all'approvazione della giurispruden-

« semplici », peraltro ridotti ad unità in quanto concentrati in un « negozio complesso » (*Gesamtgeschäft*), ANDRÉ, *Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, Ein Beitrag zu § 139 des B.G.B.*, in *Festgaben für L. Enneccerus*, Marburg, 1913, p. 6, 9 ss.; così ancora, sostanzialmente, NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*¹⁵, II, cit., p. 912-913, e, da noi, GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 35-36 (ma, sulla categoria del negozio « complesso », v. la critica di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, p. 320; per l'inutilità del concetto anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 328, e GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 360, nota 8). In Germania, la disputa oggi appare ad ogni modo sopita: cfr., per posizioni disimpegnate, ad es. BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 72; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 149; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 344; ancora formalmente nel senso dell'autonomia, però, COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 105 (con riguardo al § 2085). L'atteggiamento nei confronti del problema interpretativo posto dal § 2085 (che disciplina la nullità parziale del testamento in termini analoghi al nostro art. 1419, comma 1, e ciò in contrapposizione alla regola generale del § 139) non appare tuttavia, in quella dottrina, sempre coerente: così autori che vedono alla base della norma semplicemente un'applicazione del *favor testamenti* e del principio di conservazione (§ 2084), non esitano poi a restringere la portata del § 2085 alla sola ipotesi di inefficacia di una singola e in sé autonoma disposizione fra le più contenute in un testamento, escludendone invece l'ipotesi di nullità (o inefficacia) parziale di una disposizione presa isolatamente (cfr., ad es., SEYBOLD, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., *sub* § 2085, p. 751); mentre scrittori che segnalano avere il *B.G.B.* in sostanza voluto trattare, col § 2085, « le singole disposizioni come autonomi negozi giuridici », non mancano poi di accogliere la soluzione opposta, appellandosi per tal fine al *favor testamenti* (COING, *op. cit.*, p. 105-106). Se fondamento del § 2085 fosse solo il principio di conservazione, l'interpretazione più logica sarebbe senza dubbio quella estensiva (già sostenuta da SIBER, *Auslegung und Anfechtung*, cit., p. 371 ss., ed ora accolta da BARTHOLOMEYCZIK, *op. cit.*, p. 98, e, dopo qualche perplessità, da LANGE, *op. cit.*, p. 363; ma che continua ad incontrare forti resistenze: v., oltre a Seybold, DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 58, e JOHANNSEN, in *R.G.R. Komm. z. B.G.B.*¹⁰, V, cit., *sub* § 2085, p. 751, ma in precedenza LANG, *op. cit.*, p. 66, 77).

za ⁽¹⁶⁵⁾ — l'ostilità della dottrina prevalente resta nei suoi riguardi vivace ⁽¹⁶⁶⁾. Merita, anche per renderne palese l'ancor non pienamente maturo approfondimento ⁽¹⁶⁷⁾, denunciato dalla assenza di una comune base di dialogo, ricordare i principali argomenti su cui la discussione si svolge. Da una parte si sottolinea la differenza « causale » delle varie disposizioni testamentarie (istituzione di erede, legato, ecc.) ⁽¹⁶⁸⁾; l'avere ciascuna di esse un proprio regime ⁽¹⁶⁹⁾; la normale indipendenza delle sin-

⁽¹⁶⁵⁾ V., da ultimo, Cass., 18 aprile 1958, n. 1269, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 2189-2190 (« il testamento contenente diverse disposizioni non è un negozio giuridico unico, ma è unico documento nel quale sono contenuti tanti negozi giuridici *mortis causa* quante sono le varie disposizioni »); Cass., 27 marzo 1957, n. 1057, in *Foro it.*, 1958, I, c. 326. Il principio è ora nuovamente richiamato (ma sembra trattarsi di un *obiter dictum*) da Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1275, e in *Foro pad.*, 1966, I, c. 873.

⁽¹⁶⁶⁾ Esplicitamente critici BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 309 s.; CONTURSI LISI, *Appunti in tema di simulazione del testamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1280, nota 13; CRISCUOLI, *La causa del testamento*, cit., p. 78, 85 ss., e *La nullità parziale*, cit., p. 146 s., nota 21; GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 35 s.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 326 s.; TRABUCCI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 694; e adesso, benché su basi diverse, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 70 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ All'approfondimento del tema invitava già RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 23, segnalando la tesi dell'autonomia come « assai suggestiva e capace di più ampi sviluppi » (p. 149).

⁽¹⁶⁸⁾ La quale differenza — raffrontata al principio per cui « si hanno tanti negozi tipici quante sono le cause » (essendo ogni negozio tipico individuato dalla causa) — già implicherebbe che « il testamento, come tale, non è un negozio tipico, giacché ad esso non corrisponde una causa unica »: BIONDI, *Autonomia delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 525; e v. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 80-81, ma soprattutto FRAGALI, *Clausole*, cit., p. 314, la cui impostazione (più avanzata di quella del B., per quanto concerne la problematica del « tipo » negoziale) è ora richiamata da GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, cit., p. 185.

⁽¹⁶⁹⁾ BIONDI, *op. cit.*, p. 525. Sulla differenza di « carattere giuridico »

gole disposizioni, pur contenute in un medesimo documento, sotto il profilo della validità e della revocabilità; la possibilità che più disposizioni diverse tra loro costituiscano oggetto di testamenti successivi o comunque separati ⁽¹⁷⁰⁾. E se ne arguisce che il testamento non rappresenti un unico negozio giuridico, ma una forma atta ad accogliere una somma di negozi *mortis causa* ⁽¹⁷¹⁾, l'ordinaria giustapposizione dei quali deriverebbe dall'essere essi predisposti in vista di uno stesso avvenimento ⁽¹⁷²⁾: indicandosi poi, della tradizionale visione unitaria, la radice immediata nella confusione tra i più significati di « testamento » (innanzitutto, come negozio e come documento) ⁽¹⁷³⁾, e quella più lontana in fattori attinenti al diritto romano ⁽¹⁷⁴⁾. Si replica, dall'altra parte, specialmente che il legislatore, nell'art. 587, comma 1, definisce il testamento come unitario « tipo » di negozio ⁽¹⁷⁵⁾; che, lungi dal rappresentare una forma per una pluralità di negozi giuridici, l'atto di ultima volontà è « un atto a sé stante, con propri speciali presupposti » ⁽¹⁷⁶⁾, e la stessa disciplina che il codice ne appresta non è quella di una semplice forma documentale ⁽¹⁷⁷⁾; anzi l'intera disciplina generale del

delle varie disposizioni testamentarie poneva l'accento anche JHERING, *Geist*⁴, III, 1, cit. p. 147.

⁽¹⁷⁰⁾ Per gli ultimi due rilievi, v. BIONDI, *op. cit.*, p. 525-526; COSATTINI, *Divergenza*, cit., p. 413, nota 1.

⁽¹⁷¹⁾ BETTI, *op. cit.*, p. 319; BIONDI, *op. cit.*, p. 526; COSATTINI, *op. cit.*, p. 413-414; JHERING, *op. cit.*, p. 148.

⁽¹⁷²⁾ BOULANGER, *Usage et abuse*, cit., p. 6 (facendo un parallelo con le convenzioni matrimoniali); JHERING, *op. cit.*, p. 147 s. (che perciò accennava ad una definizione in termini di *Universalgeschäft*).

⁽¹⁷³⁾ BIONDI, *op. cit.*, p. 528-529; COSATTINI, *op. cit.*, p. 413, nota 1.

⁽¹⁷⁴⁾ BIONDI, *op. cit.*, p. 527, ricollegandosi a *Successione testamentaria*², cit., p. 179 ss. (per l'indefettibile legame delle altre disposizioni all'istituzione di erede, originario nucleo del contenuto del testamento romano); e v., ampiamente, già JHERING, *op. cit.*, p. 148-151.

⁽¹⁷⁵⁾ BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 309-310.

⁽¹⁷⁶⁾ TRABUCCHI, *Il rispetto del testo*, cit., p. 694.

⁽¹⁷⁷⁾ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 327.

testamento risulterebbe plasmata in funzione della sua unità negoziale, mentre l'apparente differenza causale e la normale indipendenza in sede di giudizio di validità si dimostrerebbero sul punto irrilevanti ⁽¹⁷⁸⁾.

Così impostata, la controversia rischia di divenire insolubile. Per compiere qualche passo avanti, si rende invece necessario un aggiustamento di prospettiva. Intanto conviene distinguere due aspetti del problema, cioè a seconda che lo stesso venga riferito: al singolo e concreto atto testamentario; all'astratto « tipo » legislativo di negozio.

Contemplata dal primo angolo visuale, la questione si rivela accademica: prospettarsi un interrogativo intorno alla natura — di negozio unico, di forma contenente più negozi (eventualmente collegati), di negozio « complesso » — del concreto testamento nel quale Tizio abbia inclusa una serie di disposizioni *mortis causa*, appare privo d'importanza pratica, poiché la soluzione non muta riguardo ad alcuno dei punti — in particolare, possibile interdipendenza delle varie disposizioni sul piano della validità ⁽¹⁷⁹⁾, e interpretazione (con riguardo al canone di totalità) ⁽¹⁸⁰⁾ — che dallo stesso potrebbero sembrare chiamati in causa.

⁽¹⁷⁸⁾ CRISCUOLI, *La causa del testamento*, cit., p. 87-93.

⁽¹⁷⁹⁾ Nel senso che, si ricorra allo strumento della nullità parziale o al concetto di collegamento negoziale, il risultato resti qui identico, v. per tutti CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 93; conforme, da ultimo, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 75.

⁽¹⁸⁰⁾ RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 149, riferendosi appunto al canone di totalità (art. 1363), l'unico che venga in questione dal punto di vista esaminato. Ai fini dell'applicabilità analogica dell'art. 1363, di fronte all'ipotesi di « testo » unitario da interpretare, dovrebbero essere decisivi: la *ratio* del canone, che risiede nel principio di non contraddizione (sull'impiego dei « concetti di coerenza e di logica del linguaggio » richiama l'attenzione, in proposito, RESCIGNO, *op. cit.*, p. 150); l'osservazione che, con l'inclusione delle varie disposizioni in uno stesso contesto, il testatore esprime un « piano », un « disegno »

L'attenzione va quindi concentrata sul secondo aspetto; questa volta, però, il problema non si pone più con riferimento al rapporto concreto tra documento e negozio, bensì al rapporto tra una più ampia (art. 587, comma 1), e talune più ristrette e in quella comprese (ad esempio, istituzione di erede e legato: art. 588) figure legali ⁽¹⁸¹⁾. Aprendo un discorso sulla conformazione dei tipi legislativi di negozi, l'indagine conduce direttamente alla constatazione e affermazione della relatività dei concetti di « tipo » e « tipicità ». La « relatività », accantonate sottigliezze terminologiche, si esprime nella connessione della portata del concetto al termine di raffronto assoluto ⁽¹⁸²⁾: Così è per il contratto ⁽¹⁸³⁾; e allo stesso modo va intesa la « tipicità » del testamento ⁽¹⁸⁴⁾. Senza dubbio il testamento è tipico rispetto

organico (« organico » non significa, di necessità, anche « inscindibile »: l'organicità implica il principio di non contraddizione; l'inscindibilità, invece, la reciproca dipendenza delle disposizioni sul piano della validità).

⁽¹⁸¹⁾ Ne ha visione chiara FRAGALI, *Clausole*, cit., p. 313-314, e nota 7.

⁽¹⁸²⁾ Intuizione già in ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, p. 10, 12 s., 44 ss., che però distingue, su un piano classificatorio, tra « categorie generali », « tipi », « sottotipi » (l'intuizione non è poi estesa, dall'a., al testamento: v. p. 24).

⁽¹⁸³⁾ La figura del contratto (art. 1321) è certo tipica rispetto ad altre figure negoziali previste dal codice (testamento, promessa unilaterale, ecc.), ma, al suo interno, la vendita è ad esempio tipica rispetto alla locazione, all'assicurazione, ecc.; e, ancora, la vendita con patto di riscatto è tipica rispetto alla vendita semplice, l'affitto rispetto alla locazione, l'assicurazione sulla vita rispetto all'assicurazione contro i danni. V. ora, sul punto, con particolare approfondimento, SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 786-787.

⁽¹⁸⁴⁾ Non dovendosi peraltro trascurare anche il fondamentale significato di limite ad un'assoluta — e, come tale, inesistente — libertà negoziale del privato, che sotto questo profilo il concetto di tipicità assume (ed è qui accentuato dalla connessione tra tipo e forma). Sul piano del già sottolineato riconoscimento legislativo di « funzioni » o categorie generiche dell'autonomia privata (art. 1321, 587 comma 1, 1988, ecc.), la « tipicità » riveste invero un valore speciale, potendo un atto

ad altre categorie legislative di negozi; ma altrettanto sicuramente « tipica » è, ad esempio, l'istituzione di erede rispetto al legato ⁽¹⁸⁵⁾. Da questo punto di vista, dunque, è parimenti esatto affermare che il testamento (rispondente alla funzione descritta dall'art. 587, comma 1) costituisce un tipo di negozio a sé stante, e (in altro senso) che autonomi « tipi » negoziali rappresentano l'istituzione di erede e il legato (ciascuno presentando funzione specifica e disciplina distinte); né potrebbe più sorprendere l'assunto, che il testamento sia negozio *mortis causa* tipico (categoria generale), ed insieme una particolare disposizione testamentaria (per esempio, la diseredazione) figura atipica (innominata).

Messi in chiaro i punti accennati, il nodo della questione sembra sciogliersi, e il problema appare decantato. Soprattutto, occorre ancora chiedersi quale valore pratico possa rivestire la scelta tra le due diverse prospettive, che sono venute qui in considerazione. Della tesi ravvisante una serie di autonomi « tipi » (legali o sociali) nella varietà delle disposizioni testamentarie, sono state colte due astratte possibilità applicative (che sarebbero contraddette dalla teoria contraria): in tema di conversione (« sostanziale »), e d'interpretazione (questa volta con richiamo alla regola fissata dall'art. 1369) ⁽¹⁸⁶⁾. L'annotazione è di nuovo puntuale, ma forse i suoi riflessi pratici restano in concreto scarsi. Un'altra importanza della scelta potrebbe invece emergere in sede di valutazione circa la necessità di uno specifico requisito (l'« interesse meritevole di tutela ») per considerare avvenuto il riconoscimento di una disposizione testamentaria « innominata ». Al riguardo la risposta affermativa appare

restare irrilevante solo perché non ricade in alcuna di esse: v. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 787.

⁽¹⁸⁵⁾ V. un calzante spunto in SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 231 (nell'art. 588 « la legge provvede a fissare i tipi, le cause delle due specie di disposizione »).

⁽¹⁸⁶⁾ RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., rispettivamente p. 51-52 e 23.

logica, se si bada alla coerenza del sistema; e ciò suggerisce l'esame di un ulteriore punto attinente all'interpretazione (e ai limiti di estensione analogica) dell'art. 1322, comma 2.

34. — Accanto a quello relativo al « tipo », l'altro profilo messo in primo piano dall'art. 1322 cpv. concerne, come si diceva, l'« interesse meritevole di tutela ». Il tema ha due aspetti: trattato (per via estensiva) in rapporto al negozio tipico, pone l'interrogativo circa l'esistenza di un requisito a sé stante di meritevolezza *in concreto* dell'interesse perseguito per la validità dell'atto di autonomia privata; riferito specificamente (secondo la formulazione espressa della norma) al negozio atipico, lascia aperto qualche dubbio sui criteri di valutazione del requisito stesso. Tra le due questioni, poi, il collegamento è dato dal fatto che, ove si risponda positivamente alla prima, la seconda ne resta in certo senso assorbita.

Del primo problema, che eccede i confini dell'indagine, qui converrà solo accennare i termini essenziali. Va anzitutto delimitato l'incerto terreno su cui il discorso si muove: la domanda è se oltre al limite della non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume, un altro realmente ne intervenga a condizionare la validità dei negozi tipici. L'opinione che, non potendo l'ordinamento proteggere il capriccio individuale, il requisito della destinazione a « realizzare interessi meritevoli di tutela » — da intendersi come interessi non futili o socialmente improduttivi — comporti per ogni negozio (anche tipico) la mancanza di riconoscimento non solo in caso di illi-
ceità, ma anche in caso di non conformità ad oggettivi criteri di utilità sociale dell'interesse concretamente perseguito ⁽¹⁸⁷⁾, è stata affacciata anche per il testamento. Andando oltre i richiami generici all'art. 1322, comma 2 ⁽¹⁸⁸⁾, si è talora presentato come

⁽¹⁸⁷⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio*², p. 176 s., 332, 399-401.

⁽¹⁸⁸⁾ GANGI, *La successione testamentaria*², I, cit., p. 9 (ma in modo talmente apodittico, da meritare la censura di LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 35).

caratteristico esempio di atto di autonomia « irrilevante » (si tratta, anzi, dell'unica illustrazione offerta, che possa apparire pertinente a negozi tipici), quello del testamento « col quale taluno destina le proprie sostanze a scopi non illeciti, ma socialmente futili o improduttivi » ⁽¹⁸⁹⁾. Altra volta si è invece difesa l'ammissibilità del testamento capriccioso o bizzarro ⁽¹⁹⁰⁾, e sottolineata l'inesistenza nell'ordinamento di limiti all'autonomia privata *mortis causa* « per ciò che concerne la rispondenza dell'atto a fini di utilità generale » ⁽¹⁹¹⁾: l'affermazione suona assenso all'idea per cui « nel riconoscimento della manifestazione particolare dell'autonomia vi è già un giudizio di rispondenza ad interessi meritevoli » ⁽¹⁹²⁾, sicché questione di sindacato sulla

⁽¹⁸⁹⁾ Come « mantenimento di animali, celebrazione di certe ricorrenze, costruzioni inutilmente dispendiose destinate a serbare la memoria del trapassato »: BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 400. L'esempio (ricondotto alla categoria dei negozi nulli per contrasto col buon costume da CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 37) ne ricorda altri rintracciabili nelle fonti romane (D., 30, 113, 5 e 30, 114, 9), il primo dei quali già in passato si era prestato a generalizzazioni dommatiche: v. VOET, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, ed. Venezia 1846, L. II, 14, n. 16, che ne argomentava per escludere la validità di « negotia stolidi atque inepti » anche con riguardo al contratto (l'impostazione è severamente criticata da GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 205 nota 8 bis, e 212 nota 14).

⁽¹⁹⁰⁾ RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 146 s., pure con qualche riferimento di dottrina inglese (per la quale v. altresì WILLIAMS, *Wills*², cit., p. 372).

⁽¹⁹¹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 204. Sostanzialmente conforme, ora, seppure con riserve *de iure condendo*, L. FERRI, *Socialismo e diritto successorio*, cit., p. 18.

⁽¹⁹²⁾ È del resto, anche per i contratti, la via battuta dalla prevalente dottrina, la quale avverte il pericolo insito in un'eccessiva discrezionalità del controllo giudiziario, specie sui negozi tipici, e sembra preferisca ad ogni buon conto far in proposito capo al più saldo parametro dell'illiceità, ove le « clausole generali » del buon costume, e soprat-

dignità sociale dell'interesse può porsi solo nei negozi atipici ⁽¹⁹³⁾:

In realtà, se si esamina anzitutto come all'« intento » futile sia concretamente dato d'introdursi nella struttura testamentaria

tutto dell'ordine pubblico (in via di progressiva evoluzione, particolarmente attraverso le diramazioni dell'ordine pubblico « sociale » e « economico ») appaiono in grado di assicurare una sufficiente elasticità di giudizio nei casi particolari. V., pur partendo da posizioni ideologiche così distanti, SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 261 s. (e nota 88), *Contratti*, cit., p. 125, nonché *Recensione* a L. Ferri, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 186; e G. STOLFI, *Teoria del negozio*, cit., p. 29, nota 1. Conformi, sul punto specifico, anche due autori che pure tendono a dare alla « meritevolezza dell'interesse », di cui all'art. 1322 cpv., un significato ulteriore rispetto alla liceità: MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 295; MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 23. Cfr., inoltre, GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 202, e, sembrerebbe, PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa*, ora in *Diritto civile*, cit., p. 116, ai quali aderisce PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 139, nota 103. Scontata, a fortiori (data la premessa che nei contratti tipici non sia configurabile un'illiceità della causa), la conclusione negativa nel pensiero di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 184; come anche per CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 592. Ma non diversamente orientato parrebbe G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., specie p. 247 ss., il quale, pur giustamente sottolineando che il controllo « causale » (da svolgersi nella prospettiva segnata dal cpv. dell'art. 1322) deve investire « completamente e in blocco l'operazione negoziale » (posizione analoga in CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 320 ss.), sembra — ma il punto non è chiarito — risolvere il controllo medesimo in puri termini di liceità (cfr. gli indicativi rilievi, contro la « funzionalizzazione » del contratto a fini generali, di p. 96 ss., 102 s., 122 — ove l'accennato indirizzo è denunciato come « cristallizzazione di posizioni mistico-paternalistiche » — ed inoltre p. 127 ss., 170, 249 nota 217).

⁽¹⁹³⁾ V., esplicitamente, RESCIGNO, *op. cit.*, p. 146-147. Non tiene conto di questo intrinseco significato dell'asserzione G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 41, 58 s., quando vi vuol cogliere la riprova della pretesa totale inapplicabilità dei principi dell'autonomia privata, validi per il contratto, al testamento (d'altronde non s'immagina conclusione meglio calzante per il testamento, di quella cui perviene il F. a p. 251 e 253).

ria ⁽¹⁹⁴⁾ risulta evidente che nel campo del negozio patrimoniale *mortis causa* simile fattore può trovare espressione in un onere, o in una condizione, o più semplicemente in un « motivo » ⁽¹⁹⁵⁾: cioè in elementi dei quali la legge sembra consentire una valutazione unicamente attraverso il raffronto a norme imperative, o alle « clausole generali » dell'ordine pubblico e del buon costume (art. 647, 634, 626, c. civ.). È difatti in termini di liceità che, nell'esperienza giurisprudenziale straniera, sono stati giudicati casi riecheggianti la questione di cui è discorso, come quello della clausola testamentaria prescrivente agli eredi o legatari la distruzione della cosa lasciata ⁽¹⁹⁶⁾. Ed è ancora al metro dei *Guten Sitten* (§ 138) che in diritto tedesco — ormai soppressa la norma, d'ispirazione nazional-socialista, contenuta nel § 42, *abs.* 2, della *Testamentsgesetz* ⁽¹⁹⁷⁾ — la questione viene in ogni

⁽¹⁹⁴⁾ L'esigenza di tener conto delle diversità fra contratto e testamento, anche in tema di controllo sull'esercizio della privata autonomia, è a ragione affermata da GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 211-213, e da MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 294.

⁽¹⁹⁵⁾ Quando non in una clausola prevedente la costituzione di una fondazione, nel qual caso è però chiaro che la valutazione dell'« utilità sociale » sarà compiuta, in sede di riconoscimento, dall'autorità amministrativa: GORLA, *op. cit.*, p. 212, nota 14.

⁽¹⁹⁶⁾ Indicativa la fattispecie decisa da C. Montpellier, 28 dicembre 1932, in *Dalloz*, 1933, p. 124 (ordine di demolizione e perpetua chiusura del terreno), che SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1933, p. 542, commentava segnalando il palese contrasto della disposizione con l'ordine pubblico. Sempre a proposito delle « clausole di distruzione », v. anche la sentenza del Trib. Versailles, 25 giugno 1925, annotata da SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1925, p. 919 s.

⁽¹⁹⁷⁾ La norma stabiliva che « eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksicht verstösst, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat ». V., per alcuni esempi d'interpreti impregnati dell'ideologia del tempo, LEOPOLD, *Testamentsrecht*, cit., p. 110 s.; ROTH, *Testament*, Berlin, 1939, p. 32 ss., e Zum § 48 Absatz 2 des *Testamentsgesetz*, in *Deutsches*

caso riportata ⁽¹⁹⁸⁾.

Oltre che sotto il profilo considerato (dei limiti dell'autonomia negoziale), il problema del controllo sulla « moralità » e « socialità » dell'atto può poi essere riguardato — e di fatto lo è stato, segnatamente nell'ambiente giuridico francese — anche su un diverso e parallelo piano, quello dell'abuso del diritto.

Recht, 1941, I, p. 166-168; VOGELS-SEYBOLD, *Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträge*, 4^a ed., Berlin-München, 1943, p. 285 ss. (richiamando ripetutamente la *nazionalsozialistische Weltanschauung*). Per un più ampio inquadramento ideologico cfr. LANGE, *Die Neugestaltung des deutschen Erbrechts*, in *Deutsches Recht*, 1942, II, p. 1713 ss. Ma v., ora, la critica di BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 125, e di COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 75. Sintomatico che i presupposti ideologici della norma considerata siano invece tuttora apprezzati da MARIN PEREZ, *Institucionalización de la familia española*, cit., p. 797. L'idea che la disposizione del § 42, abs. 2, T.G., corrispondesse per contenuto (e anche per applicazione) al § 138 B.G.B., da ultimo riproposta in SCHUMACHER, *Sittenwidrige Testamente*, in *Ehe und Familie - Fam. R. Z.*, 1956, p. 261, è a ragione confutata da GERNHUBER, *Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie*, in *Ehe und Familie - Fam. R. Z.*, 1960, p. 328, nota 11.

⁽¹⁹⁸⁾ V. BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 74, 103-105; BLEIER, *Erbrecht*, Tübingen, 1949, p. 14; BOEHMER, *Einführung*, cit., p. 125, ma approfondendo in *Einleitung*, cit., p. 55 s., 150 s.; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 75-78; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 374-378, ove è pure considerata (qualche cenno già a p. 21) l'influenza dei principi costituzionali in materia di diritto successorio, per quanto concerne l'applicazione del § 138 (a quest'ultimo proposito, con specifico riguardo al principio di uguaglianza, v. MIKAT, *Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, I, München-Berlin, 1965, p. 581 ss., specie p. 590 ss.). Sul tema della « rechtstheoretische Präzisierung » della clausola generale del § 138 in materia di testamento, e soprattutto su come detta clausola possa operare quale concreto ed efficace strumento di repressione degli « abusi » della libertà testamentaria in rapporto all'esigenza di tutela della famiglia e del matrimonio, riveste particolare interesse la recente indagine di GERNHUBER, *Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie*, cit., p. 326 ss. (di cui merita segnalare, al lettore italiano, specialmente l'analisi critica contenuta nelle conclusioni, p. 333-335).

Qui sono però significative due constatazioni: da un lato, gli autori che si sono avvalsi di questo angolo visuale per lo studio dei confini della « libertà » (non « diritto ») di testare, ne hanno sempre sottolineata la (odierna) natura di libertà « discrezionale », « acausale », quindi non suscettibile di limitazioni all'infuori di quelle precisamente fissate dalla legge ⁽¹⁹⁹⁾; dall'altro, proprio quando si è rifiutata ogni preliminare restrizione del campo d'indagine sull'abuso in base ad una discriminazione tra le varie « prerogative » individuali, si è nel contempo pervenuti a identificare appunto nella ricerca dei motivi, e rispettivamente della « meritevolezza » dell'interesse privato, gli strumenti peculiari grazie a cui la moralità e la socialità possono venire sindacate ⁽²⁰⁰⁾, ed a cogliere una sintomatica convergenza dei criteri che governano le due valutazioni (in linea generale — e la libertà testamentaria non rientra fra i casi in cui possono operare criteri più pregnanti — la contrarietà alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume) ⁽²⁰¹⁾.

⁽¹⁹⁹⁾ Così, con diverse giustificazioni, DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 304 ss.; JOSSEAND, *De l'esprit des droits*, cit., p. 389-391; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^a ed., Paris, 1949, p. 173; ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, in *Rev. trim. de droit civil*, 1944, p. 9-10; ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 140-141.

⁽²⁰⁰⁾ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 229 s., 235, 266-267.

⁽²⁰¹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 266 s., constatando anche che, per quanto concerne la reazione contro l'« anormalità » dell'atto, gli strumenti in discorso possono risultare inadeguati, e indicando una via di soluzione nell'esigenza di una « tipicità » dei motivi « riconosciuti dalla legge come idonei a sorreggere e a giustificare l'atto »: ma il problema non sembra porsi — e non viene difatti posto — per la libertà testamentaria (il collegamento all'abuso è invece dall'a. compiuto, come si è già ricordato, con riguardo all'evoluzione storica della *querela inofficiosi testamenti*; e lo spunto sembra senz'altro penetrante per intendere il lontano sviluppo dell'istituto, più che per una spiegazione tecnica dell'attuale « successione necessaria »: v., lucidamente, ROUAST, *Les droits discrétionnaires*, cit., p. 9).

Sembra così emergere una base sufficientemente omogenea per la soluzione del problema: anche se qualche frazione dello stesso resta forse scoperta ⁽²⁰²⁾,

A proposito del rapporto tra indagine sull'«interesse» e indagine sul motivo, v. anche — oltre ad un altro cenno di RESCIGNO, voce *Condizione*, cit., p. 765-766 — Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., p. 97 ss.; nonché, in ordine al testamento, un rapido cenno di BARCELLONA, *Il tema di interpretazione dell'art. 624, 2° comma, cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 83.

⁽²⁰²⁾ Si rifletta, ad esempio, sui principi che regolano la costituzione di un'obbligazione *inter vivos*, sull'evidente specificità di taluni fra essi (requisito della *cause suffisante, raisonnable et juste*) e sulla probabile peculiarità d'applicazione di altri (c.d. interesse «apprezzabile» del creditore: art. 1174) rispetto all'ipotesi d'imposizione per testamento di un obbligo (*modus*) all'erede o al legatario, che è poi tra i tipici mezzi attraverso i quali un «intento» strettamente individuale, ed eventualmente anomalo, può penetrare nella successione *mortis causa* (sui punti in discorso, con riguardo all'obbligazione contrattuale, v. specialmente, GORLA, *Il contratto*, I, cit., specie p. 227 ss.; per l'individuazione degli «interessati» al *modus* non riferito ad un terzo determinato — il solo che si differenzi dal legato — e per il collegamento ai detti soggetti dell'interesse di cui all'art. 1174 c. civ., GIORGIANNI, *Il «modus»*, cit., p. 206 ss., 214-215: ma i chiarimenti dell'a. non escludono la possibilità che, nei casi di *modus* imposto in funzione della «memoria» o per interessi «moralì» del *de cuius*, ovvero a favore dello stesso onerato ma con riflessi toccanti la famiglia del *de cuius*, ecc., l'interesse «creditorio» venga ad atteggiarsi in maniera quanto mai particolare). Sono, quelli accennati, profili che in definitiva potrebbero anche consigliare, per la materia testamentaria, un almeno parziale spostamento di attenzione dall'interesse «creditorio» all'interesse «negoziale» (cfr., da ultimo, sul rapporto fra questi due concetti, MAJELLO, *L'interesse dello stipulante*, cit., p. 12 ss.); in ogni modo al tema, che non può essere qui approfondito, dovrebbe verosimilmente fornire un concreto punto di riferimento la considerazione di quei casi ove l'esistenza di un interesse serio o ragionevole alla posizione della clausola negoziale condiziona lo stesso giudizio di liceità. Si veda, per limitarci alle applicazioni in materia di testamento, un esempio ancora tratto dall'esperienza giurisprudenziale

In questa sede, piú direttamente preme la determinazione del significato che il principio contenuto nell'art. 1322, comma 2, assume in ordine ai negozi atipici. Sulle orme del codice, la dottrina si pone il problema per i contratti, ma pur qui senza uscire da ambiguità e incertezze. Naturalmente, la tesi dell'im-

francese: Cass., 17 marzo 1925, in *Sirey*, I, 1927, p. 281-282, con nota di MOREL, che ha riconosciuta la validità della c.d. « clausola di abitazione », quando l'« onere » che il legatario abiti per un certo tempo nella casa legata, sia « di natura tale da dare soddisfazione a un sentimento legittimo del testatore » (il commentatore sottolineava la richiesta di un motivo « legittimo e ragionevole », ricordando l'analogo orientamento della giurisprudenza di fronte ad altre clausole limitatrici della libertà personale). Sulla « clausola di abitazione », v. analogamente, da noi, Cass., 21 gennaio 1941, n. 197, in *Foro it.*, 1942, I, c. 605-607 (invalidante la clausola per mancanza di qualsiasi giustificazione, sì da far pensare che essa fosse ispirata « da un semplice capriccio o da altro non approvabile sentimento »). Nello stesso ordine d'idee (esigenza di tener conto dell'apprezzabilità dell'interesse del testatore), cfr. pure SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1925, p. 919 s., a proposito della massima affermata nella cit. sentenza del Trib. Versailles (in ordine alle clausole di demolizione). D'altronde si tratta di uno dei criteri (insieme a quello della temporaneità), da cui la giurisprudenza francese fa notoriamente dipendere anche la validità dei divieti testamentari di alienazione; uguale indirizzo era seguito, sotto il vecchio codice, dalla nostra dottrina: F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Napoli, 1914, p. 252-254. Ma v. oggi, per l'affermazione su analoghe basi della validità di un divieto testamentario di alienazione a tempo determinato (nella specie, sino a quando i figli dell'onorato non avessero raggiunto una certa età), Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1113 s., pur di fronte all'art. 692, comma 4, c. civ. (considerando la *ratio* di tale norma legata al divieto di sostituzioni fidecommissarie e quindi non estensibile a clausole d'inalienabilità temporanea, e facendo esplicito riferimento al requisito dell'esistenza nel testatore di un « interesse meritevole di tutela »). Altre interessanti rilevazioni, dal punto di vista del contratto (ma spesso espressive di un principio applicato anche al testamento), in GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 218 ss. (sempre a proposito di vincoli negoziali alla libertà individuale o alla circolazione dei beni), e II, p. 402 ss.

manenza di un limite funzionale positivo (persecuzione d'interessi oggettivamente plausibili, socialmente rilevanti, portatori di un'« utilità sociale ») si trova sostenuta anche, e a maggior ragione, con riguardo ai contratti innominati, a cui espressamente si riferisce l'art. 1322 cpv. ⁽²⁰³⁾. Peraltro tale proposta di intelligenza della norma incontra stringenti contestazioni ⁽²⁰⁴⁾: si oppone che, in pratica, tutti gli esempi di applicazioni della teo-

⁽²⁰³⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., specie p. 103 s., 174 ss., 194 ss., 399 ss., sulle orme della *Relazione al Re*, n. 603; MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 19-23. Diversa invece la posizione di MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 290 ss., che respinge decisamente l'idea della « rilevanza sociale », e propone una soluzione alternativa (fondata su un criterio di « proporzione » nel sacrificio degli interessi).

⁽²⁰⁴⁾ V. soprattutto GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 199 ss., alla cui critica hanno sostanzialmente aderito: CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, cit., p. 132, 139; DISTÀSO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, p. 193 ss.; PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 138 ss. Contrario pare anche MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., p. 828, 829 (e nota 149), e voce *Contratto innominato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 106, in quanto mostra di esaurire il controllo, di cui all'art. 1322 cpv., in quello di liceità; analogamente sembra orientato ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, cit., p. 68-69, mentre riconduce esplicitamente all'illiceità alcuni tra gli esempi avanzati da Betti, CARRESI, *Il negozio illecito*, cit., p. 37. V. altresì G. STOLFI, *Teoria del negozio*, cit., p. 29, nota 1. Diffidente anche un autore tedesco: REISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, Karlsruhe, 1960, p. 120. Su posizioni contrarie, in generale, pure CORRADO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 271-275, L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 7 s., 262, 308 ss. (che argomenta anche dall'abolizione dell'ordinamento corporativo), nonché CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., p. 110, nota 18, quando affermano in via di principio che l'autonomia privata non incontra se non i limiti negativi rispondenti al sindacato di conformità alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume (sulla linea di pensiero già tracciata da A. LEVI, *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in on. di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, p. 84 ss.; cfr., nello stesso senso, a puro titolo di esempio, GERMANN, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 1950, Bern, p. 106, però con impostazione troppo generica). Dalla critica di Gorla non si dichiara

ria si riducono a casi di contratti illeciti (cioè « socialmente dannosi ») ⁽²⁰⁵⁾; inoltre, sul piano ideologico, che il contratto non è strumento al servizio d'interessi sociali, bensì d'interessi individuali, e neppure di necessità attinenti al campo strettamente economico ⁽²⁰⁶⁾. E la perdurante assenza di un'illustrazione concreta circa le possibilità di autonoma messa in opera del criterio della « rilevanza sociale », lascia insinuare il sospetto che qui l'istanza solidaristica, traducendosi in proclamazioni meramente verbali, esprima « il frutto di una mentalità falsamente sociale » ⁽²⁰⁷⁾.

Per il negozio di ultima volontà a contenuto patrimoniale, coerentemente alla premessa del « numero chiuso » delle disposizioni testamentarie, questo secondo quesito non viene solitamente affrontato ⁽²⁰⁸⁾; invece l'ammissione, in linea di principio, di disposizioni testamentarie innominate apre la strada — pur con le riserve derivanti dalla consapevolezza delle diversità, che anche sotto questo profilo non mancano fra contratto e testamento — a una differente impostazione. Il discorso può essere condotto, con una certa concretezza, proprio in rapporto alla diseredazione.

invece persuaso, ma ancora una volta senza uscire dal vago, OSTI, voce *Contratto*, cit., p. 506, nota 7.

⁽²⁰⁵⁾ GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 213 ss.

⁽²⁰⁶⁾ GORLA, *op. cit.*, p. 225-227 (ricordando anche che « non tutti i contratti a interessi economici investono in misura degna di rilievo i problemi di produzione e distribuzione della ricchezza ai fini del "benessere" sociale »).

⁽²⁰⁷⁾ MAJELLO, *Custodia e deposito*, p. 292.

⁽²⁰⁸⁾ Fa parziale eccezione un cenno di CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 155, nota 3, però troppo sbrigativo (l'estensibilità dell'art. 1322 cpv. è data per scontata, né sono chiariti i criteri di applicazione del limite), e poi riferito ai legati non previsti specificatamente dalla legge (in ordine ai quali è discutibile si possa parlare di disposizioni « innominate »).

35. — Occorre innanzitutto vedere, se il riconoscimento della diseredazione come valida disposizione testamentaria « in-nominata » non urti contro qualche specifico limite dell'autonomia privata avente base di « ordine pubblico ». La verifica va compiuta con riguardo: al tipo di effetto (c. d. « impeditivo ») che dalla disposizione dovrebbe scaturire; alla sua eventuale incidenza su profili (incapacità, indegnità a succedere) cui sovrintendono norme imperative.

Dal primo punto di vista, giova subito chiarire che la tesi — talora sostenuta ad altri propositi — della tassatività delle figure di negozi a efficacia « impeditiva » (o « eliminativa », o comunque diversa dalla « produzione » di una vicenda di rapporto giuridico), come quelle che eccederebbero la normale sfera di autonomia riconosciuta ai privati e sarebbero quindi ammissibili solo in presenza di un'apposita norma di legge, esprime una preoccupazione che, affacciata in termini generali, appare eccessiva ⁽²⁰⁹⁾. Se certo in molti casi rientranti nella categoria

⁽²⁰⁹⁾ V., per l'incidentale formulazione della tesi, ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 47 s. (a proposito delle clausole d'inalienabilità: l'accento si ritrova, ancora di sfuggita, in *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, s.d., ma 1950, p. 99); in seguito, sempre con brevi accenni, FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 298, e *La compravendita dell'eredità*, cit., p. 84; SACCO, *Se sia legittima l'esigenza di un quorum o di una maggioranza qualificata per le assemblee ordinarie in seconda convocazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 495-497, e *Il potere di procedere in via surrogatoria*, *Memorie Ist. giur. Univ. di Torino*, s.d. (ma 1955), p. 167-168. La più importante applicazione pratica della tesi è stata tentata (da CORRADO, *Studi sul licenziamento*, *Memorie Ist. giur. Univ. di Torino*, s.d., ma 1950, p. 136 ss., e *Limiti al licenziamento ed al potere di esercitarlo*, in *Dir. econ.*, 1955, p. 529 ss.) in ordine ad un particolare problema di diritto del lavoro (efficacia di limiti convenzionali alla facoltà di recesso del datore di lavoro), ove l'impostazione riferita è stata addotta come argomento contro la possibilità di riconoscere contrattualmente al lavoratore una stabilità c. d. « reale »; ma v., per la critica, NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali alla facoltà*

giuocano fattori restrittivi di ordine pubblico, di tutela dei terzi, ecc. ⁽²¹⁰⁾, fuori di ciò non v'è ragione per limitare. Gli stessi argomenti normativi, solitamente addotti a sostegno della conclusione di principio (art. 1352, e 980, 1260 cpv., c. civ., che starebbero a provare, per i negozi del genere in questione, la necessità di un'autorizzazione *ex lege*), si rivelano fragili. Dell'art. 1352 è infatti chiaro che ha semplicemente lo scopo di dettare una presunzione circa la natura *ad substantiam* della « forma volontaria » ⁽²¹¹⁾. Quanto poi agli art. 980 e 1260 cpv., ascriventi validità (rispettivamente in tema di usufrutto e di credito) alle clausole *de non alienando* c. d. ad « efficacia reale », l'argomento sembra persino reversibile: poiché le accennate previsioni normative, lungi dal documentare in via assoluta che quando il legislatore ha voluto concedere ai privati di pattuire clausole negoziali con effetti « impeditivi » ha avuto bisogno di sancirlo

e l'art. 1352

non c'entra niente. m.c.

di recesso « *ad nutum* » dell'imprenditore, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, p. 289 s., e *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 116; nonché BUCCISANO, *In tema di regolamento collettivo dei licenziamenti*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, p. 36; e da ultimo (anche con riferimento ad una variazione della tesi) MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, p. 349-351.

⁽²¹⁰⁾ V., ad esempio, quanto alla c.d. efficacia eliminativa, ed escludendo la competenza dell'autonomia negoziale a stabilire la retroattività degli effetti (almeno *erga omnes*) fuori dei casi previsti dalla legge, DEIANA, « *Contrarius consensus* », in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 104 s.; FEDELE, *La invalidità*, cit., p. 297 ss.; Salv. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 364-365.

⁽²¹¹⁾ BUCCISANO, *op. cit.*, p. 37; MANCINI, *op. cit.*, p. 350, nota 28. La natura « interpretativa » dell'art. 1352 risulta d'altronde chiaramente dalla *Relazione al Re*, n. 617: cfr. GENOVESE, *Forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 33.

Sul problema, per certi versi analogo, della « recettizietà volontaria », e sui poteri dell'autonomia privata al riguardo (pur in assenza di una norma autorizzativa), v. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 383 ss.

espressamente, vanno per converso lette insieme all'esplicita e generale norma limitatrice, in ordine ai divieti contrattuali di alienazione contenuta nell'art. 1379 (che ne ammette, e sotto certi presupposti, la sola efficacia obbligatoria), e rappresentano pertanto deroghe specifiche ad una contraria e più ampia disposizione di legge ⁽²¹²⁾. Del resto, non sembra azzardato pensare che una più analitica indagine su questo particolare aspetto dell'autonomia privata, potrebbe riservare la sorpresa di un notevole allargamento della gamma degli istituti al proposito significativi ⁽²¹³⁾.

⁽²¹²⁾ L'esclusione dal generale limite dell'art. 1379, dei casi di cessione del credito (v., per l'efficacia « assoluta » del divieto convenzionale di trasferimento del credito, anche in Germania, *B.G.*, 14 gennaio 1963, in *Entsch. des B.G.H. in Z.S.*, 40, 1964, p. 156 ss.), e di trasferimento dell'usufrutto, si spiega per l'assenza in dette ipotesi delle ragioni che stanno alla base della restrizione legislativa (evitare eccessivi e dannosi ostacoli alla circolazione dei beni): alla mancanza di uguale esigenza per i crediti, e alla peculiare posizione in cui viene al riguardo a trovarsi l'usufrutto per la sua natura essenzialmente temporanea, fa in tali situazioni soggettive riscontro la possibilità di uno speciale *intuitus personae* in ordine al titolare, che rende particolarmente meritevole di tutela l'interesse della controparte ad impedire mutazioni soggettive attive nel rapporto (si noti come per due situazioni soggettive vicine all'usufrutto, l'uso e l'abitazione, ove la presenza dell'accennato interesse è addirittura tipicamente configurabile, l'inalienabilità sia sancita direttamente dalla legge: art. 1024 c.civ.). Sulla *ratio* delle limitazioni all'efficacia dei patti *de non alienando*, cfr. anche C.A. FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*; in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 403 s.; di qualche interesse, inoltre, specie per gli orientamenti del diritto applicato francese, l'ampia disamina di VENIAMIN, *Essais sur les données économiques dans l'obligation civile*, Paris, 1931, p. 100 ss. Accenna, per contro, ad una diversa qualificazione logico formale della clausola d'inalienabilità ad efficacia c.d. « reale », CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 496.

⁽²¹³⁾ Intanto, potrebbe se non altro segnalare altri casi nei quali espliciti divieti legislativi risulterebbero superflui, se davvero il perseguimento del tipo di effetti giuridici in discorso esulasse per principio

Nemmeno può dirsi, per altro verso, che la disposizione testamentaria di esclusione interferisca con limiti di ordine pubblico specialmente inerenti alla successione *mortis causa*. La eccezione, implicita in chi ha visto negli effetti a cui la disposizione mira una modifica della capacità giuridica del soggetto colpito ⁽²¹⁴⁾, e la creazione privata di nuovi casi d'indegnità ⁽²¹⁵⁾, riflette in realtà alcune distorsioni di prospettiva: la contingente esclusione da una vicenda successoria concreta non involge, ovviamente, la limitazione dell'astratta capacità a succedere ⁽²¹⁶⁾; inoltre, e con altrettanta evidenza, non ogni ipotesi di esclusione dalla successione integra una fattispecie d'indegnità.

Resta quindi da indagare se esistano, in astratto, altre ragioni per escludere la « meritevolezza » dell'interesse privato tipicamente perseguito attraverso la disposizione « negativa ». Il tentativo d'individuare ostacoli al riguardo ha ricevuto sviluppo in una particolare direttrice di « funzionalizzazione » del testamento. Si è portata addirittura in campo la « funzione so-

dalla competenza dell'autonomia privata: v., ad es., l'art. 2437, comma 3, sui patti che escludono o rendono troppo gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle società per azioni; l'art. 1723, comma 1, che sancisce la regola della mera obbligatorietà del patto d'irrevocabilità del mandato; l'art. 1229, che pone il divieto di clausole di esonero da responsabilità per danni derivanti da dolo o colpa grave. Cfr., su un analogo aspetto dell'esercizio dell'autonomia privata, AULETTA, *Deroghe contrattuali alla disciplina dell'esclusione nelle società di persone*, I, in *Annali dell'Univ. di Catania*, 1947-48, p. 143 ss., e soprattutto II, ivi, 1948-49, p. 247 ss.

⁽²¹⁴⁾ L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 54, e già in *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 248-249.

⁽²¹⁵⁾ L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 242. L'argomento, come si è visto, dovrebbe avere un valore essenzialmente storico: se ne veda, sotto questo profilo, la confutazione *retro*, n. 9 e 10.

⁽²¹⁶⁾ V., per una chiara messa a punto della diversità tra i due fenomeni, sebbene ad altro proposito, BARBERO, *Sistema*^a, I, cit., p. 152, 160, e II, p. 845, nonché *Natura giuridica dell'indegnità a succedere*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 845-846.

ziale » della proprietà, e sulla base della consueta premessa che il testamento rappresenti l'espressione suprema di tale diritto, se ne è dedotta l'inammissibilità di un testamento (come sarebbe quello « negativo ») « in funzione antifamigliare e perciò antisociale » ⁽²¹⁷⁾. La concezione si rivela viziata da eccesso di formalismo: lo testimoniano non solo la carenza di ragioni di distinzione — sotto il profilo considerato — tra il caso della disposizione « negativa » e quello di semplice istituzione di alcuni eredi *ex lege*, con preterizione degli altri; ma anche e soprattutto l'impossibilità di cogliere il motivo per cui antisociale dovrebbe essere un testamento contenente « diseredazione », e non invece uno contenente « preterizione » accompagnata da istituzione di eredi estranei al gruppo parentale del *de cuius* ⁽²¹⁸⁾. A ben vedere, in realtà, la diseredazione, esprimendo un tipico e serio interesse del testatore a che la propria successione sia « regolata » in un certo modo, e nella misura in cui sia mantenuta entro l'ambito patrimoniale quantitativamente riservato al potere dispositivo del *de cuius*, non possiede di per sé alcuna specifica carica antisociale ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁷⁾ L. FERRI, *L'esclusione testamentaria*, cit., p. 230.

⁽²¹⁸⁾ Anzi l'esistenza dei presupposti per un giudizio di disvalore sociale sarà, di fatto, evidentemente più probabile nella seconda che nella prima ipotesi: e tuttavia simile giudizio potrà trovare emersione giuridica solo attraverso il varco dell'illiceità della disposizione.

⁽²¹⁹⁾ Sembra che qui si corra ancora una volta il pericolo di rifugiarsi in un mero simulacro di « socialità », restando del tutto all'infuori delle reali istanze e prospettive, alla cui presa di coscienza sollecita una visione « sociale » dei problemi del diritto successorio. In un regime di notevole sottomissione della facoltà di testare alle finalità sociali dell'ordinamento, per la verità, si potrebbe al limite addirittura ipotizzare la concessione al testatore del solo potere d'immutare, mediante singole disposizioni di esclusione, il « piano » di devoluzione fissato dalla legge: è questa del resto — come si è già ricordato — una linea di fondo dell'esperienza del diritto successorio sovietico anteriormente al 1945 (v., sul punto, anche la precisa osservazione di BOEHMER, *Einleitung*, cit., p. 74). Si noti pure

Merita piuttosto qualche ulteriore riflessione l'altresì avvertita possibilità, che la disposizione testamentaria di mera esclusione sia unicamente ispirata da « odio » ⁽²²⁰⁾. Il rilievo, storicamente di un certo peso, non appare decisivo per diritto moderno. Intanto, se in altre fasi della storia del diritto (si pensi all'*actio ab irato*), o in civiltà giuridiche assai diverse dalla nostra, forme di sindacato sulla « bontà » dei sentimenti del testatore risultano senza dubbio conosciute ⁽²²¹⁾, sta di fatto che proprio il rigetto dell'azione *ab irato* ad opera del codificatore francese ne ha segnato la definitiva scomparsa dal diritto europeo: qui, con la soppressione dell'*actio* in parola, sole vie giudiziarie all'invalidazione del testamento dettato da collera, odio, rancore, rimangono la prova dell'incapacità naturale (o l'accertamento del motivo illecito determinante) ⁽²²²⁾. Né si può inoltre

come l'ammissibilità del testamento « negativo » non risulti nemmeno posta in discussione nella fase di elaborazione di un altro codice civile di tipo marxista (quello della D.D.R.): v. JANSEN, in *Probleme des sozialistischen Zivilrechts, Beiträge zur Diskussion über das künftige Zivilgesetzgebung*, Berlin, s.d. (ma 1962), p. 263.

⁽²²⁰⁾ L. FERRI, *op. cit.*, sempre a p. 230.

⁽²²¹⁾ Si è già richiamato in precedenza (v. *retro*, n. 9, nota 93), l'atteggiamento del diritto musulmano al proposito (secondo la ricostruzione, peraltro assai sensibile all'influenza delle fonti teologiche, compiuta da FATHY, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, cit., p. 108 ss.).

⁽²²²⁾ ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 34; LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 245 ss.; ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, cit., p. 141; e v., fra i trattatisti, per tutti AUBRY-RAU, *Droit civil français*⁶, X, cit., p. 424, e nota 9; PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², V, cit., p. 715; RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 650. Cfr., inoltre, il recente commento di SAVATIER a Cass., 8 novembre 1965, in *Rev. trim. de droit civil*, 1966, p. 332-333 (nella specie di fatto, però, la diseredazione chiamava soprattutto in questione la libertà matrimoniale).

In Germania, per una precisa impostazione del rapporto tra *Enterbung* e *Guten Sitten* (peraltro facilitata dalla presenza del § 1938), e per un'esemplificazione giurisprudenziale, v. BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 74; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 378. Per un'applicazione dei

sottacere, che l'esperienza pratica dimostra come la disposizione di esclusione non sia affatto necessariamente suggerita da iniqui sentimenti di odio ⁽²²³⁾.

Semmai si tratterebbe di ragionare, perciò, intorno all'esistenza di un principio giuridico per cui il testamento debba a pena d'inefficacia essere sorretto da spirito di liberalità, da intento di « beneficiare » (spirito e intento mancanti nella diseredazione). Precisamente in un simile « giudizio di valore » si è anzi colta, di recente, la ragione extragiuridica che starebbe nascosta dietro lo sforzo di argomentazione (apparsa tecnicamente inadeguata) della dottrina ostile al testamento « negativo » ⁽²²⁴⁾.

L'annotazione è suggestiva, ma sembra mettere in luce più il residuo di anacronistiche incrostazioni storiche, che un apprezzamento congruo al sistema vigente ed alla stessa evoluzione storica dell'istituto testamentario ⁽²²⁵⁾. Tanto meno poi — e concorre a provarlo anche l'indagine comparatistica — l'ele-

principi nazionalsocialisti espressi nel § 48, *abs. 2*, *Testamentsgesetz*, alla diseredazione, v. invece, ad es., ROTH, *Testament*, cit., p. 34.

⁽²²³⁾ V., tra gli esempi più istruttivi, il caso deciso dal R. G., 1° luglio 1937, in *Jurist. Wochenschrift*, 1937, p. 2598 ss. (esclusione dalla « disponibile » della figlia adottiva del testatore, per il solo scrupolo di mantenere un giusto equilibrio con i parenti di sangue).

⁽²²⁴⁾ JEMOLO, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 505: vi sarebbe, al fondo della posizione della nostra prevalente dottrina, « un'istanza di pietà cristiana che si ribella all'istituto della diseredazione »; l'argomento tecnico-giuridico addotto, di per sé insufficiente, potrebbe « invece valere se tradotto in termini non giuridici », cioè nel senso che « il testamento deve essere usato per beneficiare, non come mezzo di rivincita per il male ricevuto ».

⁽²²⁵⁾ Neanche può essere trascurata la constatazione, che i rimedi contro le disposizioni testamentarie fatte per collera o astio, presenti nel diritto musulmano, sono ormai da tempo scomparsi in tutte le legislazioni dei Paesi cristiani, nei quali è d'altra parte comunemente ammessa — ad opera dei codici, o del diritto applicato — la validità della diseredazione.

mento « mistico » così introdotto nel discorso pare conciliarsi con la valutazione della coscienza sociale, la quale oltre tutto non può che sconoscere artificiali discriminazioni tra casi di specie (come si è già accennato) sostanzialmente analoghi. La verità è, che astrattamente nessun parametro legale o sociale autorizza a identificare, quanto alla posizione della « regola » testamentaria, l'interesse meritevole di tutela con l'animo liberale.

Le conclusioni così raggiunte sembra giustifichino la chiusura di una fase, e il passaggio ad un'altra fase dell'indagine. È infatti chiaro che a questo punto s'impone di riportare la discussione su un piano più strettamente formale: poiché l'unica via che resta ancora da battere, e insieme si delinea come veramente risolutiva, appare quella dell'esatta individuazione del « contenuto » dalla legge tipicamente assegnato al negozio patrimoniale *mortis causa*, ricerca di cui costituisce chiave di volta la definizione normativa fissata nell'art. 587, comma 1, c. civ. Da tale punto di vista, il problema della diseredazione invita particolarmente a meditare su una concezione quanto mai salda nella nostra scienza giuridica: ossia l'idea del testamento come atto di positiva « attribuzione » di beni.

Le considerazioni che seguono saranno rivolte a dimostrare la scarsa rispondenza di siffatta concezione all'attuale sistema del diritto testamentario, e costituiranno un tentativo di allargare l'angusta prospettiva entro cui il tema è tradizionalmente costretto. Se poi la critica si accentrerà tutta, come si è anticipato, sulla tesi « attributiva », e trascurerà la concezione del testamento quale atto di liberalità ⁽²²⁶⁾, è per l'evidente nesso di pregiudizialità che lega le due opinioni, di guisa che, caduta la prima, viene inevitabilmente meno anche la seconda: la quale anzi, rispetto all'altra, contiene in sé ulteriori ragioni di dubbio,

⁽²²⁶⁾ Prospettiva che pure ricorre di frequente, in sede di definizione del « contenuto » (o della « causa ») del testamento: v., ad es., BRANCA, *Istituzioni*, cit., p. 726, 729, 746; CANDIAN, *Nozioni istituzionali*⁴, cit., p. 604; MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 115, e I, p. 494.

come la difficoltà di rintracciare nella « liberalità » un estremo essenziale persino riguardo alle fondamentali disposizioni testamentarie nominate, l'istituzione di erede e il legato ⁽²²⁷⁾; a tacere poi delle incertezze circa lo stesso concetto di « intento liberale » ⁽²²⁸⁾.

36. — Secondo una diffusissima convinzione, il carattere essenzialmente « attributivo » del testamento sarebbe messo in risalto proprio dall'art. 587, comma 1. Col parlare di atto « con il quale taluno dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse », la definizione legale individuerrebbe esplicitamente il tipo negoziale del testamento in rapporto alla positiva funzione di attribuire beni *mortis causa*, così circoscrivendone il contenuto alle sole figure nelle quali si attua un'attribuzione patrimoniale (istituzione di erede, legato) e ponendo un limite che automaticamente estrometterebbe dalla sfera di detto contenuto qualsiasi altra disposizione ⁽²²⁹⁾. Come è ovvio, anche e innanzitutto la disposizione

⁽²²⁷⁾ Per l'istituzione di erede, basta ricordare che essa può esaurirsi nell'assegnazione di una *hereditas damnosa*. Quanto al legato, è noto che la dottrina prevalente nega esserne la « liberalità » tratto essenziale: BARASSI, *Le successioni*³, cit., p. 425; GANGI, *I legati nel diritto civile italiano*, I, 2ª ed., p. 24 ss.; TRABUCCHI, voce *Legato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 610; contro CICU, *Legato e liberalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 642 ss.; per la polemica fra i romanisti, v. soprattutto G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1962, p. 43 ss. In generale, esclude che la liberalità costituisca elemento essenziale del testamento DEGNI, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio, II, cit., p. 371. Per la dottrina francese, v. DUPEYRÔUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte a titre gratuit*, Paris, 1955, p. 226 ss.

⁽²²⁸⁾ V., ma a proposito della donazione, JEMOLO, *Lo « spirito di liberalità »* (Riflessioni su una nozione istituzionale), in *Studi giur. in mem. di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 973 ss.

⁽²²⁹⁾ V., per tutti (ma si tratta di opinione affatto comune), GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 326, 333.

« negativa »: contro la validità della quale diverrebbe decisivo il rilievo che in essa manca la positiva attribuzione di beni richiesta dal primo comma dell'art. 587, né d'altronde vi è certo ravvisabile una delle « disposizioni di carattere non patrimoniale », di cui fa parola l'art. 587, comma 2 ⁽²³⁰⁾.

Non è difficile ricostruire l'*iter* logico seguito dall'accennata interpretazione dell'art. 587, comma 1. Essa muove dal presupposto che, nel definire il testamento, il termine « disporre » (punto nevralgico per la comprensione della norma) sia stato usato intenzionalmente e consapevolmente dal legislatore nel noto senso tecnico-domatico, in cui viene adottato dalla scienza giuridica quando discorre di « atto di disposizione », « potere di disporre », *jus disponendi*. Se ne deduce allora, che con quella formula, nella visuale legislativa, si sia voluto configurare il testamento come negozio integrante sempre gli estremi dell'atto di « disposizione » in senso tecnico dei propri diritti, o — ma questo passaggio viene introdotto surrettiziamente — di un'attribuzione patrimoniale.

La tesi giustifica perplessità, e pone un problema di analisi del linguaggio legislativo. A voler approfondire simile analisi, peraltro, si ricavano indicazioni quanto mai significative: non solo i tratti caratteristici del testamento, quali risultano dallo stesso sistema positivo, non corrispondono (come dovrebbero, perché si possa pensare che il codice abbia sul punto coscientemente impiegato un linguaggio tecnicamente rigoroso) alla portata delle richiamate categorie dommatiche intese nella loro accezione tecnica; ma proprio dalla logica della terminologia normativa la locuzione in esame sembra emergere come dotata di un diverso valore semantico.

Compito della prima constatazione può essere di preparare il terreno alla seconda, attraverso un ragionamento *ab absurdo*

⁽²³⁰⁾ V. infatti, per questo ragionamento, L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 52; ed anche Trib. S. Maria Capua Vetere, 25 maggio 1960, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 371-372.

che pare in grado di fondarsi su basi sufficientemente salde, sebbene in materia il controllo sia condizionato dall'indole meramente classificatoria, e quindi in certa misura convenzionale, di molti tra i concetti che vengono in questione: come è ad esempio per quelli di alienazione ⁽²³¹⁾, disposizione ⁽²³²⁾, attribuzione ⁽²³³⁾.

Cominciamo dai termini « disporre » e « disposizione ». Qui, se si pone mente alla nota definizione tecnica di disposizione (*Verfügung*), che è vista consistere nella produzione di un mutamento giuridico (alienazione, limitazione, estinzione, ecc., di un diritto) tale da incidere direttamente e in modo negativo sul patrimonio dell'autore ⁽²³⁴⁾, la disarmonia rispetto a natura ed effetti nell'attuale ordinamento propri dell'atto testamentario si rivela piuttosto evidente ⁽²³⁵⁾. Intanto non possono sfuggire alcuni dati marginali, ma già di per sé abbastanza sintomatici. Quando si comprende il testamento fra i negozi di « disposizione

⁽²³¹⁾ PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 45.

⁽²³²⁾ MENGONI-REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 190 s. (sottolineando la differenza con l'ordinamento tedesco).

⁽²³³⁾ NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 283-284.

⁽²³⁴⁾ Da noi, fra tanti, DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 138-139, nota 2; MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, cit., p. 6-7; MENGONI-REALMONTE, voce « *Disposizione (atto di)* », cit., p. 189; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 216. E cfr. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, negli *Studi in mem. di Tommasone*, in *Annali dell'Univ. di Perugia*, XLVIII, 1936, p. 4 ss.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, e *Considerazioni sul potere di disposizione*, ora in *Diritto civile*, cit., rispettivamente p. 3 ss., 33 ss.

⁽²³⁵⁾ Anche lasciando da parte i rilievi attinenti alla particolarità del meccanismo della successione testamentaria: v. MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, cit., p. 9 e nota 2 (solo per l'istituzione di erede); NICOLÒ, *La vocazione ereditaria*, cit., p. 120 (muovendo dalla sua concezione circa il funzionamento del fenomeno successorio).

attributiva » ⁽²³⁶⁾, si è nel contempo costretti a delineare una categoria di « trasmissione in senso stretto », distinta da quella dell'alienazione, appunto per farvi rientrare il caso del testamento ⁽²³⁷⁾, dovendosi riconoscere che nella tracciata sistematica quest'ultimo assume « una posizione sua propria » ⁽²³⁸⁾. Poi nel testamento non ricorre di certo il requisito, giudicato essenziale al concetto di atto di disposizione in senso tecnico ⁽²³⁹⁾, della diminuzione patrimoniale per il disponente ⁽²⁴⁰⁾. Inoltre è pacifico che la « disposizione testamentaria » non riguarda necessariamente, nella realtà del diritto positivo, beni o diritti appartenenti al testatore, sicché anche sotto questo profilo si dimostra incongrua una sua qualifica, in linea generale, come vero atto « dispositivo » di propri diritti ⁽²⁴¹⁾.

Ma decisivo è soprattutto un altro rilievo. Il concetto di atto di disposizione è stato elaborato per designare una categoria di negozi contrapposta ai negozi obbligatori, ed anzi proprio in questa antitesi si accentra notoriamente l'intero significato tecnico della nozione ⁽²⁴²⁾. Appare perciò chiaro che, comunque sia, ad essa non può riportarsi in via di principio il concetto nor-

⁽²³⁶⁾ Così, ad esempio, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 217.

⁽²³⁷⁾ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 90 (notando che in esso « non può parlarsi di alienazione, perché il trasferimento del rapporto coincide con l'estinzione dell'autore »), 217.

⁽²³⁸⁾ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 276.

⁽²³⁹⁾ V. esplicitamente, per tutti, MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, cit., p. 7; MENGONI-REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, cit., p. 189; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, cit., p. 216.

⁽²⁴⁰⁾ Ed è pura finzione quella di BETTI, *Teoria generale del negozio*², cit., p. 299, che vuole ravvisare una diminuzione patrimoniale anche nella « destinazione mortis causa di diritti patrimoniali ».

⁽²⁴¹⁾ Censura per tale motivo la formula dell'art. 587, comma 1, ALLARA, *La successione testamentaria*, I, cit., p. 14-15.

⁽²⁴²⁾ Per tutti MENGONI-REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, cit., p. 189.

mativo di testamento, avendo la legge medesima assegnato a tale negozio, accanto a quella dell'efficacia « diretta », un'ampia sfera di efficacia obbligatoria, che per giunta sembra destinata ad acquistare nella moderna economia sempre maggiore rilevanza ⁽²⁴³⁾. Ed invero definire come atto di disposizione in senso tecnico un negozio i cui effetti possono essere meramente obbligatori, equivarrebbe a cadere in una stridente contraddizione in termini.

Superfluo aggiungere che nemmeno corretto sarebbe descrivere su scala generale l'efficacia del testamento quale « trasmissione » o trasferimento di diritti. Poiché, se il fenomeno traslativo costituisce il nucleo originario e probabilmente tuttora normale dell'efficacia testamentaria ⁽²⁴⁴⁾, è risaputo che la funzione del testamento presenta oggi rispetto a tale ambito una sostanziale espansione ⁽²⁴⁵⁾, e tra gli effetti che possono ricollegarsi al negozio sono, oltre ai mutamenti soggettivi, anche la costituzione e l'estinzione di situazioni giuridiche, e persino (pur a lasciare da parte la diseredazione) effetti « negativi », come avviene per esempio nei divieti testamentari di divisione (art. 713, comma 2 e 3), e nelle clausole d'inalienabilità ad efficacia « reale » ammesse (che sono, come si vedrà subito, quelle in tema di usufrutto e di credito).

⁽²⁴³⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 224, che critica di conseguenza la definizione legale come ancorata ad una troppo « angusta nozione del fenomeno della successione ereditaria », ma la giudica « innocua, dato che dalle altre norme del codice deriva chiaramente che il testamento non ha la sola funzione di regolare il passaggio delle "sostanze" del testatore al momento della sua morte ». Nello stesso senso, ora, CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 45 ss.

⁽²⁴⁴⁾ Parla al proposito di un' « efficacia conforme al fondamento rigoroso del negozio testamentario », ALLARA, *Principi*, cit., p. 171.

⁽²⁴⁵⁾ Secondo ALLARA, *op. loc. cit.*, in tal modo « si è voluto attribuire al negozio testamentario una più ampia funzione, che avvicinasse questo negozio, sul piano dell'efficacia, ai negozi, che operano nel campo del traffico giuridico tra vivi ».

37. — Veniamo all'ulteriore passaggio logico compiuto dalla dottrina, nella sua corrente « lettura » del primo comma dell'art. 587, quando intende la formula « dispone delle proprie sostanze », adoperata dal codice, nel senso che il testamento debba sempre contenere una « attribuzione patrimoniale » (che non sarà, ad ogni modo, necessariamente delle « proprie sostanze », per quanto detto sopra). Già può notarsi, che qui non si è più in presenza di un'interpretazione fedele alla lettera, se non altro per l'ovvio motivo che il concetto di « disposizione » (*Verfügung*) non coincide con quello di « attribuzione » (*Zuwendung*) ed anzi fra il significato tecnico dei due termini esistono nette quanto scontate diversità ⁽²⁴⁶⁾. Ma il discorso può farsi sul punto ancor più concreto, giacché è proprio la normativa particolare del testamento ad insegnare che una definizione del negozio come essenzialmente qualificato da un'attribuzione patrimoniale male si concilia con la realtà del sistema positivo ^(246 bis).

Si prenda l'art. 733, comma 1, sulle « disposizioni » (il codice parla, per la verità, in modo anche più pregnante di « norme » « date dal testatore per la divisione ». Naturalmente, rimasti nel solco della tradizionale concezione « attributiva » del testamento, di fronte a questa figura gli interpreti più avveduti sono stati costretti a notevoli sforzi costruttivi per ricondurla entro lo schema dell'attribuzione e dell'alternativa istituzione di erede-legato: il risultato è stato l'inquadramento delle disposizioni in parola (c. d. assegni divisionali semplici) come legati obbligatori ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁶⁾ V., da noi, su quest'altro, risaputo dato, per tutti DEIANA, *Alcuni chiarimenti*, cit., p. 138, e nota 2; MENGONI-REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, cit., p. 189; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁷, p. 216-217.

^(246 bis) Concordiamo, al proposito, con molte delle conclusioni di LI-SERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 155 ss., del cui libro non si è potuto tenere qui conto, perché uscito durante la correzione delle bozze.

⁽²⁴⁷⁾ MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 71 ss., reputando inevitabile tale qualifica « data la regola che fra *heredis institutio* e legato *tertium non datur* ».

Tuttavia simile costruzione, per quanto acuta, appare artificiale e in definitiva non convince. Non solo qui si tratterebbe di legati aventi caratteristiche ben singolari, dal momento che potrebbero esser fatti valere esclusivamente nell'ambito dell'azione divisoria (e quindi soltanto ove alla divisione si proceda) ⁽²⁴⁸⁾; ma in realtà sembrano nell'ipotesi di specie mancare, insieme agli estremi di una vera e specifica attribuzione patrimoniale, le basi stesse per l'individuazione di un legato obbligatorio. Anzi tutto la « disposizione » testamentaria prevista dall'art. 733, comma 1, non dà luogo alla costituzione di un vero rapporto di debito e credito, poiché a carico del coerede non risulta posto alcun dovere di comportamento e nei confronti dei destinatari della disposizione è piuttosto configurabile uno stato di « soggezione », l'assegnazione in conformità a quanto stabilito dal testatore conseguendo *ipso facto* alla divisione, senza possibilità di violazione dell'« obbligo » da parte dell'interessato. Ma poi la tesi del legato obbligatorio mostra ancor più chiaramente la sua debolezza allorché si passa ad esaminare in termini correlativi le reciproche posizioni giuridiche dei coeredi in presenza della « norma » testamentaria sulla divisione, non riuscendosi addirittura a vedere come le dette rispettive posizioni possano concretizzarsi nelle forme del legato in favore di uno e a carico degli altri coeredi ⁽²⁴⁹⁾. Se così fosse, invero, ne discenderebbe tra l'altro la facoltà per il « legatario » di rinunciare al legato (art. 649, comma 1), con automatica decadenza della di-

⁽²⁴⁸⁾ Riconosce questa singolarità MENGONI, *op. cit.*, p. 72, nota 23. Si limita invece ad obiettare che i beni, ripartiti secondo la disposizione testamentaria, si acquistano a titolo di eredità e non di legato, MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 586, seguito da GAZZARA, voce *Divisione ereditaria* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 437-438, in nota 36.

⁽²⁴⁹⁾ Anche ammessa la possibilità d'isolare nelle concrete disposizioni del testatore uno o più « assegni divisionali »: la facoltà di regolare la divisione sembra peraltro suscettibile, per il principio di autonomia negoziale, delle più svariate applicazioni pratiche.

sposizione testamentaria e conseguente diritto, per il rinunziante, di ottenere che si proceda alla divisione ordinaria ⁽²⁵⁰⁾; la quale conclusione contrasta con il fatto che la « norma data dal testatore per la divisione » è sicuramente « vincolante » (lo dice sempre l'art. 733, comma 1) per tutti i coeredi, i quali ne sono tutti parimenti destinatari, sicché non esiste in materia possibilità di rinunzia unilaterale ⁽²⁵¹⁾. A questi limiti della tesi se ne aggiungono del resto altri sul piano applicativo, per le inestricabili difficoltà cui in pratica potrebbe dar luogo l'esigenza di accertare, con una delicata e spesso arbitraria valutazione economica, chi sia il « beneficiario » e chi l'« onerato » (svantaggiato) dalla disposizione del testatore ⁽²⁵²⁾; dovendosi per altro verso tenere ancora conto di come — lo ha giustamente sottolineato la nostra giurisprudenza ⁽²⁵³⁾ — neppure venga implicato dalla *ratio* dell'art. 733, comma 1, che la disposizione sulla divisione sia ispirata da intento di beneficiare o favorire l'erede assegnatario, ben potendo essa invece assolvere una differente e persino oppo-

(250) Così, infatti, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 74, nota 24, la cui argomentazione tuttavia non persuade (salva, naturalmente, l'improbabile ipotesi che una diversa volontà del testatore risulti chiaramente per via d'interpretazione negoziale).

(251) In questo senso si è puntualmente ed assai decisamente pronunciata la S. C.: Cass., 24 luglio 1958, n. 2689, in *Foro Pad.*, 1958, I, c. 1263-1264, approvando App. Milano, 15 giugno 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 327.

(252) Si pensi al seguente esempio: Tizio lascia tre eredi (A, B, C) disponendo che la porzione di A vada formata con beni mobili, e gli immobili attribuiti alle restanti porzioni. È questione di fatto (che può anche immaginarsi molto opinabile) accertare se, nel caso concreto, sia più vantaggioso ottenere mobili o immobili: chi sarà dunque il legatario, e chi l'onerato? legatario A e onerati B e C, o viceversa? La realtà è che tutti tre i coeredi appaiono nell'ipotesi ugualmente destinatari della disposizione e vincolati ad essa.

(253) V., di nuovo, la sentenza della Cass., 24 luglio 1958, n. 2689, *loc. cit.*, c. 1264.

sta funzione ⁽²⁵⁴⁾. La verità è che di fronte alla « disposizione » descritta dall'art. 733, comma 1, la concezione « attributiva » del testamento si trova in iscacco: e non costituisce che un rimedio puramente illusorio spiegare la norma qualificando le clausole in esame come aventi semplicemente « carattere complementare alla disposizione di beni » ⁽²⁵⁵⁾, dato che al contrario la facoltà di dettare « norme » sulla divisione è per certo indipendente dalla predisposizione di una successione testamentaria (non postulata dall'art. 733), risultando quindi le dette clausole suscettibili di limitarsi ad incidere sulla successione legittima e addirittura d'integrare l'unico contenuto del testamento ⁽²⁵⁶⁾. A voler dunque raggiungere per l'ipotesi legislativa una naturale,

⁽²⁵⁴⁾ Reciprocamente, merita segnalare la palese forzatura alla quale, muovendo dalla prospettiva criticata, si è costretti nell'esame della clausola testamentaria del tenore « voglio che il gruppo di eredi A sia escluso dall'assegnazione della specie di beni x », al fine di mascherare la disposizione a contenuto « negativo » come attribuzione « implicita » agli altri eredi (MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 32): il problema presenta un evidente parallelismo, fatte le dovute differenze, con quello della diseredazione (e ciò ha consentito a CICU, *Norme date dal testatore per la divisione*, in *Studi in on. di F. Messineo*, I, Milano, 1959, p. 97, di esprimere una frettolosa riserva — nella scia della propria opinione circa il trattamento della diseredazione — sulla tesi del Mengoni, che invece va soggetta proprio alle stesse critiche da quest'ultimo a. rivolte alla teoria dell'istituzione implicita in tema di disposizione meramente negativa).

⁽²⁵⁵⁾ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 67.

⁽²⁵⁶⁾ V., per tale pacifica soluzione, CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 404; MENGONI, *op. cit.*, p. 72; MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 585; e cfr. un rapido, ma interessante spunto in F. ROMANO, *Note in tema di disposizioni orali di ultima volontà*, cit., p. 762-763.

D'altronde, in questo come negli altri casi di disposizioni autonome che saranno in seguito considerati, sarebbe evidentemente artificiale, quando non erroneo, ravvisare la presenza di un' « implicita » attribuzione a favore dei successibili *ex lege*, per salvare la complementarità delle clausole medesime.

autonoma, non deformante collocazione sistematica, occorre evidentemente che le clausole di cui all'art. 733, comma 1, vengano valutate per quello che sono, cioè semplicemente come a sé stanti « disposizioni » di carattere patrimoniale (ancorché non attributivo), idonee a « regolare » un determinato aspetto della vicenda successoria secondo l'ultima volontà del testatore: il che peraltro presuppone l'accoglimento di un più largo concetto di « contenuto » del testamento, alla stregua di uno tra i « significati » di cui il « testo » dell'art. 587, comma 1, appare oggettivamente portatore, e che in definitiva si vedrà essere il solo congruo al sistema.

38. — Si possono poi incontrare, fra le norme sparse nel codice, altri casi di « disposizioni » testamentarie atte a costituire indipendente e persino esclusivo contenuto del testamento, le quali non implicano affatto un'attribuzione patrimoniale. Si pensi intanto all'« onere » (art. 647), che secondo una già ricordata dottrina, senz'altro meritevole di seguito, si realizza propriamente solo allorquando il beneficiario non sia una persona (fisica o giuridica) determinata (altrimenti si ricade nel legato), e nel contempo non si atteggia come di necessità congiunto ad una disposizione attributiva (sul punto si tornerà più avanti: ma si veda fin d'ora, per un'implicita conferma legislativa, l'art. 677, comma 2 e 3) ⁽²⁵⁷⁾. Al proposito si potrebbe in verità obiettare che, per sfuggire all'alternativa di restare giuridicamente inoperante o di risolversi in una condizione potestativa, il *modus* deve sempre essere tale da consentire l'individuazione di un « interessato », il quale assuma la veste di creditore (entra qui in giuoco l'art. 1174) ⁽²⁵⁸⁾; ma sta di fatto che — a parte la presa di posizione di chi si rifiuta di ravvisare nella specie un vero e proprio « rapporto » obbligatorio ⁽²⁵⁹⁾ — almeno nei casi

⁽²⁵⁷⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 195 ss.

⁽²⁵⁸⁾ V. l'impostazione di GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 206 ss.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. ragguagli in GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 211 ss., e CRISCUOLI, *Le ob-*

di « onere » disposto in funzione della « memoria », o di un interesse morale del testatore, o nell'interesse dello stesso onerato, sembra quanto mai dubbio si possa parlare di un'attribuzione patrimoniale in senso tecnico ⁽²⁶⁰⁾. E che questa sia suscettibile di far difetto dovrebbe risultare ad ogni modo palese — di fronte al terzo comma dell'art. 629 — nella figura, normativamente regolata, delle « disposizioni a favore dell'anima ».

Ancor più chiara è l'assenza di un'attribuzione in quelle disposizioni testamentarie, che per loro natura sono destinate a spiegare effetti meramente « negativi », come è ad esempio per i divieti testamentari ad efficacia c.d. « reale » (o meglio « assoluta ») ⁽²⁶¹⁾. Dei casi in cui la validità di siffatti divieti è

bligazioni testamentarie, cit., p. 206 s. (che aderisce alla critica di Giorgianni).

⁽²⁶⁰⁾ V., sui casi richiamati, GIORGIANNI, *op. cit.*, specie p. 207-209 (la tesi dell'a., circa la ristretta e tassativa individuazione degli « interessati » al *modus*, ed il risolversi di quest'ultimo in un normale rapporto obbligatorio, non può qui venire approfondita).

⁽²⁶¹⁾ I divieti testamentari ad efficacia « obbligatoria », di cui si dovesse riconoscere la validità, si risolverebbero in un *modus*. Su quali basi la nostra giurisprudenza (Trib. Genova, 18 aprile 1952, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1113-1114) abbia affermata la validità di una clausola testamentaria d'inalienabilità, circoscrivendo in rapporto alla sua *ratio* la sfera di applicazione dell'art. 692, comma 4, si è già ricordato (*retro*, n. 34, nota 202); in senso conforme v. MESSINEO, *Manuale*⁹, VI, cit., p. 182 (solo con un cenno), e NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, p. 131 s., dal quale dissente SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, cit., p. 345, e nota 146 (ricordando la soluzione positiva, accolta invece in diritto tedesco); *contra* anche TALAMANCA, *Successioni testamentarie* (art. 679-712), cit., p. 325 s. (con altre indicazioni). Va però notato che una posizione particolare assume, rispetto alla normale configurazione del *modus*, il divieto di disporre per atto tra vivi dell'enfiteusi (art. 965, comma 3) contenuto in testamento (sulla possibilità di costituzione testamentaria dell'enfiteusi v., per tutti, ORLANDO CASCIO, voce *Enfiteusi* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 930 s.); data la speciale sanzione prevista, per il caso di violazione dell'obbligo, dall'art. 965,

ammessa, sotto il profilo che qui rileva si possono distinguere due gruppi: nell'uno, l'esplicita previsione legislativa sembra riferirsi ad una clausola capace di autonomia (divieti di divisione, art. 713 comma 2 e 3) ⁽²⁶²⁾; nell'altro (divieti di cessione dell'usufrutto o di un credito, esclusione della pignorabilità o sequestrabilità della rendita vitalizia) la validità discende da un'interpretazione logica e coordinata degli art. 692 comma 4, e rispettivamente 980 comma 1, 1260 comma 2, 1881 ⁽²⁶³⁾, ma queste clausole ad efficacia « negativa » appaiono invece accessorie rispetto ad una disposizione attributiva (senza che, pe-

comma 4 (per la dimostrazione della validità del divieto testamentario in materia, ALLARA, *Principi*, cit., p. 105-106).

⁽²⁶²⁾ Ritiene che anche qui si tratti di una clausola avente sempre carattere complementare alla disposizione di beni, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 7; ma non si vede per quale ragione il testatore, che può limitarsi a dettare regole per la divisione (art. 733, comma 1), non possa anche limitarsi a porre nel testamento la « regola » ora in esame (ad escluderlo non bastando certo il debole appiglio letterale rintracciabile nel secondo comma dell'art. 713, che accenna ad « eredi istituiti »). Per la qualificazione dell'effetto derivante dalla clausola d'indivisione, v. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 101-102.

⁽²⁶³⁾ ALLARA, *Principi*, cit., p. 105 s., per l'usufrutto; ma lo stesso sembra da dire per la cessione del credito, se si bada alla *ratio* dell'art. 1260, comma 2 (la cui dizione letterale dipende evidentemente dal fatto, che il legislatore ha avuto presente la sola ipotesi di costituzione del rapporto obbligatorio in base a contratto). Per un accenno alle ragioni ispiratrici delle deroghe contenute negli art. 980 comma 1 e 1260 comma 2 (ragioni cui giustamente si richiama, sotto il profilo della particolarità del tipo di rapporto giuridico in questione, ALLARA, *op. cit.*, p. 106, con riguardo all'usufrutto), v. *retro*, n. 35, nota 212. Che poi il divieto di cessione dell'usufrutto abbia efficacia « reale » è pacifico: v., per tutti, BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, p. 461-462; F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, *Libro terzo, Della proprietà*, art. 957-1026, 3^a ed., Bologna-Roma, 1963, p. 165; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, rist., Torino, 1956, p. 394; e già NICOLÒ, *Dell'usufrutto*, in *Commen-*

raltro, ciò impedisca loro di presentarsi con una propria e distinta fisionomia tipica). In quest'ultima situazione vengono del resto a trovarsi anche altre clausole testamentarie, la cui funzione non si rivela tecnicamente attributiva: come quelle previste dall'art. 558, comma 2 (modifica dell'ordine delle riduzioni, con assegnazione di « preferenza » ad una disposizione) e dall'art. 687, comma 3 (esclusione della « revocazione » per sopravvenienza di figli) ⁽²⁸⁴⁾; alle quali si dovrebbe aggiungere la disposizione di esclusione dell'accrescimento (art. 674, comma 3, 675), ove non si seguisse la corrente dottrinale che riporta questo istituto, invece che ad una norma « dispositiva », ad una presunzione semplice di volontà ⁽²⁸⁵⁾.

Scendendo maggiormente nei dettagli, l'analisi del materiale legislativo segnala poi alcune ipotesi senza dubbio marginali, ma in cui la norma configura pur sempre una disposizione testamentaria caratterizzata dalle note della non « attributività » e della potenziale autonomia: così l'art. 115, legge sul diritto d'autore, che stabilisce la facoltà per il testatore di derogare al

tario al cod. civ. diretto da D'Amelio, III, Firenze, 1942, p. 595. La stessa affermazione vale (salvi i limiti all'opponibilità fissati dalla norma) per l'art. 1260, comma 2: ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 101; C. A. FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, cit., p. 404; equivoco sembra, pertanto, quanto scrive PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 860, e voce *Cessione di diritti*, ivi, p. 833. Quanto all'aspetto costruttivo dell'art. 1881 (che, collegato all'art. 1872 cpv., risulta evidentemente applicabile anche alla costituzione testamentaria della rendita), v. ALLARA, *op. ult. cit.*, p. 102.

⁽²⁸⁴⁾ V., per la costruzione della fattispecie adombrata nel terzo comma dell'art. 687, TALAMANCA, *Successioni testamentarie (art. 679-712)*, cit., p. 221 s., 225.

⁽²⁸⁵⁾ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 121 ss.; e GAZZARA, *Contributo*, cit., p. 131 ss. Contro ROBBE, voce *Accrescimento*, cit., p. 164-165. Ricorre invece, anche per la clausola di esclusione dell'accrescimento, alla solita finzione dell'attribuzione implicita, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 6.

principio dell'indivisione triennale fra gli eredi del diritto di utilizzazione dell'opera; l'art. 2565, comma 3, che prevede la disposizione testamentaria escludente il trasferimento ai successori della ditta ⁽²⁶⁶⁾; l'art. 1062, comma 2, quando fa parola della « disposizione » (che può anche essere testamentaria) contraria alla costituzione della servitù per destinazione del buon padre di famiglia ⁽²⁶⁷⁾.

Anche le disposizioni di ultima volontà accollanti ad uno o più eredi il pagamento di determinati debiti ereditari, ovvero di porzioni di debiti superiori alle rispettive quote (art. 752) — disposizioni a loro volta astrattamente in grado di formare autonomo contenuto del testamento ⁽²⁶⁸⁾ — potrebbero forse

⁽²⁶⁶⁾ Per GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 7, tale clausola non potrebbe « congegnarsi altrimenti che come *modus* o condizione di non fare a carico dell'istituto »; ma è per contro evidente, da un lato, che la disposizione può anche innestarsi su un fenomeno di trasferimento dell'azienda in base a successione legittima, e dall'altro che essa non integra un semplice *modus* (di non fare) a carico del successore nell'azienda, bensì un vero fatto impeditivo della trasmissione *mortis causa* della ditta insieme all'azienda.

⁽²⁶⁷⁾ Per la qualifica della « disposizione » di cui all'art. 1062, comma 2, come fatto « impeditivo », v. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 3^a ed., Bologna-Roma, 1960, p. 264; GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, 3^a ed., Torino, 1963, p. 697. Sebbene l'ipotesi appaia piuttosto teorica, non sembra sia in principio da escludere la possibilità giuridica che la disposizione in esame venga dettata dal testatore con riguardo a fondi, di cui egli non attribuisca nel contempo la proprietà, rimettendosi per tal fine alla successione legittima.

⁽²⁶⁸⁾ Anche qui la « complementarità » alla disposizione di beni (GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 6-7) potrà risultare normale, ma non v'è motivo per reputarla indispensabile. Per l'ipotesi, in certo senso parallela (ma questa volta in effetti accessoria rispetto ad un'attribuzione, quanto meno a titolo particolare), di « regola » testamentaria sul riparto del peso relativo all'adempimento dei legati, v. gli art. 662 e 663: distingue ora la sfera di applicazione dei due gruppi di norme CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 280 ss.

contraddire la concezione strettamente « attributiva ». Poiché simili clausole ⁽²⁶⁹⁾, se certo non possono pregiudicare i diritti del creditore (art. 754), nemmeno sembrano produrre a carico dell'erede contemplato un effetto puramente « interno » (nel rapporto con i coeredi), obbligandolo viceversa anche all'esterno (come dovrebbe per suo canto confermare l'art. 1315) al pagamento nella misura fissata dal *de cuius* ⁽²⁷⁰⁾: nel che si sostanzia peraltro una conseguenza, che parrebbe artificioso costruire in termini di legato a favore del creditore.

Aspetti di non minore problematicità riveste infine la trattazione, dall'angolo visuale considerato, della dispensa testamentaria dalla collazione (art. 737). Della clausola di dispensa è sicuro il carattere indipendente, non andando essa di necessità unita ad una disposizione attributiva ⁽²⁷¹⁾, ed è stata inoltre con vigore contestata la natura di liberalità in senso tecnico ⁽²⁷²⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Che ALLARA, *Principi*, cit., p. 126-127, indicativamente sistema *sub specie* di legati aventi come oggetto « una perdita patrimoniale per il chiamato ».

⁽²⁷⁰⁾ GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del cod. civ. UTET*, II, 3, Torino, 1964, p. 151, 155; RUBINO, *Delle obbligazioni* (art. 1285 - 1320), in *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, 2^a ed., rist., Bologna - Roma, 1963, p. 338 s. (per l'art. 1315); App. Bari, 11 luglio 1951, in *Dir. giur.*, 1952, p. 112 (massima). Contro, differenziando nettamente le ipotesi di deroga testamentaria ex art. 752 e 1315, GAZZARA, voce *Divisione ereditaria* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 431. Sembra vedesse nell'art. 1027 cod. abrog. (corrispondente all'attuale art. 752) un caso di accollo semplice, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 223, nota 45; così esplicitamente, ma per la clausola testamentaria addossante un debito al legatario, RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 43.

⁽²⁷¹⁾ V. FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 272.

⁽²⁷²⁾ MIGNOLI, *Se la dispensa dalla collazione debba essere espressa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 83 ss., ponendo anche l'accento sul carattere essenzialmente *mortis causa* della dispensa (sicché l'ammissa possibilità di esprimerla anche per atto *inter vivos* costituisce una deroga al divieto di patti successori: d'accordo, sul conseguente

Quest'ultima qualifica si trova per vero riproposta ora, nell'ambito della concezione « obbligatoria » della collazione, sotto il profilo della riconducibilità della dispensa ad un autentico *legatum liberationis* ⁽²⁷³⁾; ad accogliere però la contraria e sempre più diffusa tesi, secondo cui la collazione opera con effetto « automatico » ⁽²⁷⁴⁾, è chiaro che l'esaminata disposizione testamentaria non potrebbe se non delinearsi, assumendo così una peculiare e distinta fisionomia, come fattispecie « impeditiva » dell'effetto in parola.

Comunque sia, gli esempi precedentemente richiamati bastano a provare che l'opinione, la quale eleva l'« attribuzione » in senso tecnico a requisito essenziale del testamento, non trova riscontro nella normativa del negozio.

La conclusione può d'altronde trarre ulteriore conforto da un significativo argomento letterale: la soppressione nell'attuale art. 587, comma 1, dell'inciso « in favore di una o più persone »,

corollario pratico, MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 128). Dissente dalla prima impostazione, ma concorda sulla seconda (sembra ammettendo però sviluppi troppo ampi, data l'eccezionalità della deroga in questione), FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 247 ss. Critica invece entrambi gli assunti del M., ma senza adeguato approfondimento, TAMBURRINO, *Osservazioni sulla natura della dispensa dalla collazione*, in *Scritti in on. di A. C. Jemolo*, II, Milano, 1963, p. 765 ss.

⁽²⁷³⁾ FORCHIELLI, *La collazione*, cit., p. 248. Si avrebbe in tal modo, fra l'altro, una singolare ipotesi di liberazione testamentaria da un credito, di cui non è titolare il testatore e che neppure esiste prima della morte di lui.

⁽²⁷⁴⁾ V., per quanto con le più varie soluzioni dommatiche, G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milano, 1942, p. 8 ss., 29 ss.; BARBERO, *Sistema*⁶, II, cit., p. 975 s.; CASULLI, *Natura giuridica della collazione*, negli *Scritti giur. in on. di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 118 ss.; CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947, p. 177 ss., e *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 537 ss.; GAZZARA, voce *Collazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 345 s.; e cfr. MENGONI, *Recensione a Forchielli*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 115 ss.

con cui terminava il corrispondente art. 759 cod. abrog.; la quale soppressione ha tolto all'idea dell'indole meramente « attributiva » del testamento il suo più consistente appiglio testuale ⁽²⁷⁵⁾.

39. — Bisogna adesso vedere se la formula dell'art. 587, comma 1, non si presti ad essere intesa in una maniera diversa, e più plausibile, rispetto a quella sin qui considerata. Per la verità, che il testo normativo sia astrattamente « portatore » anche di un altro significato, appare intuitivo se solo si pensa al genuino valore lessicale della parola « disposizione », che è quello d'indicare, genericamente, una « prescrizione », una « regola » a qualche proposito posta con atto di volontà ⁽²⁷⁶⁾: la quale accezione, oltre tutto, risponde ad un uso terminologico corrente nel linguaggio giuridico ⁽²⁷⁷⁾, ed anzi bene si attaglia a certa tematica della teoria negoziale, in cui « disposizione » risulta locuzione idonea a rappresentare l'esplicarsi stesso dell'atto di autonomia privata (e, per altro verso, il contenuto di tale atto) ⁽²⁷⁸⁾. Ora non si può certo negare che talvolta la legge

⁽²⁷⁵⁾ Anche GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 317, deve convenire che, con la scomparsa dell'inciso in questione, « potrebbe apparir legittima la conclusione che tutte le disposizioni di carattere patrimoniale, qualunque ne sia la natura e il contenuto, come quelle che valgono appunto a dare fisionomia propria all'atto testamentario, rientrano nel concetto di testamento in senso sostanziale ».

⁽²⁷⁶⁾ Si cfr., fra tanti, ad esempio i Dizionari dello Zingarelli e del Palazzi, *sub* « disporre », « disposizione » (anche nelle accezioni relative al testamento).

⁽²⁷⁷⁾ Ove — è superfluo notarlo — spesso il verbo viene usato come sinonimo di ordinare, regolare, prescrivere, e il sostantivo addirittura come sinonimo di « norma »: v., in proposito, anche i nessi instaurati da L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 226; ed ora un suggestivo cenno, anche con riferimento alle disposizioni testamentarie, in CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195.

⁽²⁷⁸⁾ L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 224 ss.; ma anche, con

adoperi invece i termini « disporre » e « disposizione » nel senso strettamente tecnico-domatico del quale si è sopra discorso; ma accertato che questo non può essere il senso che l'espressione assume nell'economia dell'art. 587, comma 1, sembra si sia pienamente autorizzati a supporre che, nel contesto della norma, essa mantenga proprio quel suo comune valore semantico. L'indicazione ermeneutica che ne scaturisce è chiara: si tratta d'interpretare l'asserto della definizione legale, secondo cui col testamento il soggetto « dispone » dei suoi beni, come significante appunto e semplicemente che con tale atto il testatore « stabilisce un regolamento », « pone un precetto » in ordine alla sorte del proprio patrimonio e da valere per il tempo dopo la morte.

A compiere un'analisi del linguaggio impiegato dal legislatore nella disciplina del testamento, ci si accorge d'altronde che frequentemente i termini in esame vi ricorrono con il significato testé adombrato. L'art. 523 prevede l'ipotesi che il testatore non abbia « disposto una sostituzione »; l'art. 642, comma 1, si riferisce alla « persona a cui favore è stata disposta la sostituzione » (ma poi, nel secondo comma, si parla fungibilmente di sostituzione « prevista »); l'art. 688, comma 2, fissa la regola applicabile « se il testatore ha disposto per uno solo » dei casi di sostituzione. Negli art. 602 comma 2, 604 commi 1 e 2, 605 comma 1, a proposito della forma del testamento, si adotta il termine « disposizioni » in senso quanto mai lato, e di « disposizioni di ultima volontà » discorre genericamente, ad esempio, l'art. 703, comma 1. Spesso la norma si limita a fare salvo il caso « che il testatore abbia altrimenti disposto », usando questa o del tutto simili formule: art. 647 comma 2 (per la cauzione nel *modus*), 660 (in tema di legato di alimenti), 662 (sull'onere della prestazione

una chiara distinzione tra un senso più ampio e uno più ristretto di « disposizione », SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, I, Napoli, 1956, p. 21 ss., 67 ss., e II, Napoli, 1958, p. 136 s. (v. un cenno pure in *Dottrine generali*?, cit., p. 175).

del legato), 664 comma 1 (per l'adempimento del legato di genere), 668 comma 2 (sempre in materia di adempimento del legato), 669 comma 2 (riguardante i frutti della cosa legata), 737 comma 1 (per la dispensa dalla collazione), 752 (sul riparto dei debiti ereditari), art. 115 legge sul diritto d'autore (a proposito dell'indivisione triennale del diritto di utilizzazione). L'art. 629 regola le « disposizioni a favore dell'anima ». L'art. 692, sui limiti di validità della sostituzione fidecommissaria, parla nei primi due commi di « disposizione con la quale il testatore impone », o « che importa » l'obbligo di conservare e restituire, e nel quarto addirittura di « disposizione con la quale il testatore proibisce all'erede di disporre » (ove è nel seno stesso della norma che il pericolo di equivoci terminologici diviene patente) ⁽²⁷⁹⁾. Inoltre il testatore, per l'art. 706, comma 1, « può disporre che l'esecutore testamentario » proceda alla divisione; per l'art. 713, commi 2 e 3, « può disporre che la divisione non abbia luogo » prima che sia decorso un certo termine; per il secondo comma dell'art. 733 (il quale, come si è ricordato, nella rubrica e nel primo comma parla senz'altro di « norme » date dal testatore) « può disporre che la divisione si effettui secondo la stima di persona da lui designata ». In materia di fondazione, infine, l'art. 14, comma 2, dice che la stessa « può essere disposta anche con testamento » (l'art. 25, comma 1, parla poi di « disposizioni contenute nell'atto di fondazione », e l'art. 31, comma 2, si richiama, in tema di devoluzione dei beni, all'ipotesi che l'atto costitutivo o lo statuto « non dispongano »). Or bene, in tutti questi casi è certo evidente che il verbo « disporre » (e lo stesso vale, correlativamente, per il corrispondente sostantivo) viene appunto usato nel senso generico di prescrivere, ordinare, regolare.

⁽²⁷⁹⁾ Del resto, l'art. 458 fa per suo canto parola di « disporre » a proposito del divieto di patti successori, nel quale cadono certamente anche i patti obbligatori; e in seguito contrappone il « disporre » al rinunciare.

Ma per il primo comma dell'art. 587, a ben vedere, la conferma decisiva della validità di tale « lettura » si rintraccia nell'ambito stesso della norma, presa nel suo complesso. Non può infatti sfuggire come, nell'art. 587, una dizione etimologicamente identica a quella adoperata nel primo compaia pure nel secondo comma, che come è noto fa cenno, per regolarne la validità, a « *disposizioni* di carattere non patrimoniale » (contrapponendole esplicitamente — « anche se manchino » — alle « *disposizioni* di carattere patrimoniale » del primo comma). Peraltro qui è fuori di dubbio che con il termine « *disposizione* » si è inteso, non ovviamente l'atto di disposizione in senso tecnico di diritti, ma proprio e soltanto una dichiarazione, un « *precetto* » negoziale. E siccome è illogico pensare che il binomio « *disposizioni* » patrimoniali - « *disposizioni* » non patrimoniali, nel medesimo contesto dell'art. 587, non presenti una « *nota generica* » omogenea, si deve ricavarne che in entrambi i settori al termine « *disposizione* » vada attribuito lo stesso significato. Di ciò si può scorgere del resto un ulteriore indizio guardando ai precedenti della norma, giacché il corrispondente art. 140 del progetto preliminare accoglieva una formulazione in tal senso ancor più precisa e significativa, quando — in alternativa alle *disposizioni* non patrimoniali — parlava di « *disposizioni riguardanti* » i beni ⁽²⁸⁰⁾; né sicuramente i successivi mutamenti del testo furono diretti ad incidere su questo punto ⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁸⁰⁾ Il testamento vi era infatti definito come « un atto revocabile, con cui taluno dichiara la sua ultima volontà, da valere dopo la morte, sia mediante *disposizioni riguardanti* tutte o parte delle proprie sostanze, sia mediante *disposizioni non patrimoniali* che abbiano carattere giuridico ». Non meno significativo era il testo proposto dalla Commissione Parlamentare, che discorreva di « *disposizioni di carattere giuridico aventi contenuto patrimoniale o non patrimoniale* ».

⁽²⁸¹⁾ Come risulta dai lavori preparatori (v. *Relazione al prog. def.*, n. 109, e *Relazione al Re*, n. 285; riassume l'intera discussione GANGI, *La successione testamentaria* ², I, cit., p. 28 ss.) detti mutamenti nella

Il concetto di « disposizione testamentaria » non coincide dunque con quello di « atto di disposizione in senso tecnico » o di « attribuzione » patrimoniale: equivoco, peraltro, da tempo chiarito in dottrina tedesca, ove si considera scontato che la *Verfügung*, nella definizione del negozio di ultima volontà, non va intesa in senso stretto ⁽²⁸²⁾, né confusa con la *Zuwendung* ⁽²⁸³⁾, ma interpretata nel generico significato di « Anord-

formulazione dell'articolo furono determinati unicamente dalla diversa soluzione sistematica accolta in ordine alle « disposizioni non patrimoniali », che condusse alla dislocazione in un comma separato dal richiamo a tali disposizioni, onde porre l'accento sulla patrimonialità quale nota caratteristica del testamento in senso proprio. Deve riconoscere che questa fu l'unica preoccupazione dei compilatori del testo definitivo anche GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 316, che però a p. 332 tende a far apparire il trapasso dalla formula dell'art. 140 prog. prel. all'art. 130 prog. def. come sostanzialmente ispirato al desiderio di segnare una contrapposizione tra le disposizioni patrimoniali « attributive » e le disposizioni non attributive (patrimoniali o non patrimoniali); sennonché, di simile specifico orientamento non vi è traccia nei lavori preparatori.

⁽²⁸²⁾ V., assai chiaramente, H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 344: « „Verfügung“ ist dabei im allgemeinen Sinne einer rechtsgeschäftlichen Anordnung oder Willenserklärung zu verstehen und darf nicht gleichgesetzt werden mit der Verfügung im technischen Sinne ». Nello stesso senso BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 72 (e in ERMAN, *Handkomm. z. B.G.B.*, cit., p. 1913, n. 3); DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 41; SOERGEL-EHARD-EDER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, *Erbrecht*, 8^a ed., Stuttgart-Köln, 1953, sub § 1937, n. 4. E già, per esempio, BINDER, *Erbrecht*², cit., p. 14, nota 2; KLUCKHOHN, *Die Verfügungen zugunsten Dritter*, München, 1914, p. 45; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.*⁴, V, cit., p. 4142; SOHM, *Der Gegenstand, Ein Grundbegriff des B.G.B.*, Leipzig, 1905, p. 8; STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*², cit., p. 49, nota 2; Von TUHR, *Der allgemeine Teil*, II, 1, cit., p. 239.

⁽²⁸³⁾ Per una netta distinzione cfr., ad es., già MEYER, *Das Erbrecht des B.G.B. f. das deutsch. R.*, Marburg, 1904, p. 174; STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*², cit., p. 71. Analogamente, nella dottrina svizzera, ESCHER, *Komm. z. schweiz. Z.G.B.*³, III, 1, cit., p. 95; TUOR, in *Berner Komm.*², III,

nung ⁽²⁸⁴⁾: vale a dire che, nel testamento, « disposizione » è in genere « regola », « prescrizione » posta relativamente alla futura vicenda successoria ⁽²⁸⁵⁾.

40. — Nella nostra dottrina, per vero, apparso insufficiente il richiamo all'art. 587, comma 1, un estremo tentativo di difesa della teoria « attributiva » è stato ancora sviluppato sulla base dell'art. 588. Si è sostenuto, cioè, che l'impossibilità sistematica di comprendere nel concetto di testamento in senso stretto tutte le disposizioni di ultima volontà a carattere patrimoniale deriverebbe precisamente da tale seconda norma, in quanto essa, « ponendo proprio in luce il profilo dell'attribuzione sottaciuto nella definizione dell'art. 587 », individuerrebbe il contenuto del testamento unicamente nell'istituzione di erede e nel legato ⁽²⁸⁶⁾.

Questa più arretrata linea difensiva appare tuttavia debole. Intanto è evidente che nel sistema del codice l'art. 588 non ha se non una funzione puramente accessoria rispetto al primo

1, cit., p. 91; e nella dottrina austriaca WEISS, in KLING, *Komm. z. allg. bürgerl. Gesetzb.*², III, cit., p. 211.

⁽²⁸⁴⁾ V. la definizione delle *erbrechtliche Verfügungen von Todes wegen* proposta da H. LEHMANN, *op. cit.*, p. 339, sulle orme di KIPP, *Das Erbrecht*⁹⁻¹⁰, cit., p. 30 (« rechtsgeschäftliche Anordnungen, durch die jemand persönlich über die Schicksale seines Vermögens nach seinem Tode bestimmt »). Rilevano che *Verfügung* in materia di testamento equivale ad *Anordnung* anche BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 72, e DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 41. Ma cfr. pure la terminologia di LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 318; nonché le ampissime formule usate da COSACK, *Lehrbuch*⁴, II, cit., p. 680; CROME, *System*, V, cit., p. 48 e nota 1; PEISER, *Handbuch des Testamentsrecht*, Berlin, 1902, p. 1; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.*⁴, V, cit., p. 42.

⁽²⁸⁵⁾ Sul largo significato che, in materia di testamento, il termine *dispositio* è venuto assumendo nella storia del diritto, v. del resto VISMARA, *Appunti intorno all'heredis institutio*, cit., p. 356-357.

⁽²⁸⁶⁾ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 317, e anche 326.

comma dell'art. 587 e, presupponendo appunto la definizione generale del testamento in quest'ultimo racchiusa, attende al sussidiario e limitato scopo pratico di fornire un criterio per la qualificazione, ai noti effetti normativi, della « disposizione a titolo universale ». Sicché già la coscienza di questa reale dimensione della norma dovrebbe in via di principio escludere che — una volta riscontrato come l'art. 587, comma 1, non configuri affatto il testamento quale negozio idoneo a realizzare soltanto positive attribuzioni di beni — si possa ravvisare nella stessa un ulteriore, autonomo e differenziato paradigma per una più rigida e ristretta delimitazione del contenuto del testamento.

Ma è segnatamente l'idea di fondo sopra cui riposa l'illusione considerata, che cioè la tradizionale distinzione tra istituzione di erede e legato delinei una *summa divisio* assorbente ed esclusiva in tema di contenuto del testamento propriamente inteso, a meritare ormai una revisione⁽²⁸⁷⁾. Per rendersene conto, in realtà, è sufficiente si abbandoni l'osservazione macroscopica del materiale normativo e si scenda all'esame di una serie di casi marginali di disposizioni testamentarie aventi natura patrimoniale, che riesce del tutto impossibile spiegare nel quadro di una formula la quale presupponga, nel contempo, le equivalenze legato-disposizione non universale e legato-attribuzione patrimoniale. Le disposizioni testamentarie con effetti « negativi » (clausole « sospensive » della divisione, divieti « assoluti » di alienazione validi, ecc.), quelle ad efficacia — per così dire — meramente « precettiva » (le « norme » date dal testatore per la divisione: art. 733, comma 1), le altre disposizioni non attributive in precedenza ricordate, potrebbero ancora una volta porgere in proposito indicazioni quanto mai istruttive, per la loro ovvia incapacità di ambientazione entro i confini dell'art. 588.

(287) Continua invece a farvi pieno affidamento BRUNORI, *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 472, per negare *a priori* l'ammissibilità di un *tertium genus* di disposizioni testamentarie.

Però a smentire l'adeguatezza dell'impostazione in parola basta già la figura dell'« onere » testamentario (art. 647). La nostra dottrina si è di recente avviata ad un profondo ripensamento dell'intero problema del *modus*, rompendo posizioni da tempo cristallizzate; in particolare, si è non solo confutata la tralatizia antitesi fra legato obbligatorio e *modus* stabilito a favore di terzi determinati ⁽²⁸⁸⁾, ma soprattutto si è chiaramente dimostrata l'erroneità di costruire il *modus* come elemento accidentale o accessorio del testamento ⁽²⁸⁹⁾. L'« ambulatorietà » della disposizione (segnalata in specie dall'art. 677, commi 2 e 3, ma adombrata anche dall'art. 676, comma 2) costituisce il sicuro indizio della sua autonomia: la quale autonomia — che soltanto la vischiosità di una tradizione ferma a visuali arcaiche del fenomeno successorio poteva offuscare ⁽²⁹⁰⁾ — trova piena espressione nell'attitudine del *modus*, indiscussa in Germania ⁽²⁹¹⁾, e da noi avvalorata oltre al resto dall'art. 629, ad essere imposto anche all'erede legittimo ⁽²⁹²⁾. Balzano così alla luce dati in forza dei quali l'interprete si convince che « il *modus*

⁽²⁸⁸⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 197 ss. Conforme CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 205.

⁽²⁸⁹⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 196 s., 223 ss. Hanno successivamente accolto la critica del G. sul punto: BRUNORI, *Appunti*, cit., p. 474; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 197-198; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante*, cit., p. 22, nota 43 (distinguendo dal *modus* donativo); MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 19, nota 43.

⁽²⁹⁰⁾ V. GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 223.

⁽²⁹¹⁾ V., per tutti, BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 274; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 283; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 282; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 350. Quanto al diritto francese, v. ragguagli in LINOSSIER, *Le partage des successions confondues*, Paris, 1963, p. 105 ss.

⁽²⁹²⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 226-227, efficacemente notando che, quindi, il *modus* « può legittimamente inserirsi nel meccanismo della successione ereditaria, come autonoma fonte di regolamento degli interessi connessi a tale fenomeno ».

deve ormai essere qualificato come una autonoma disposizione testamentaria che si pone accanto alla istituzione di erede e al legato » ⁽²⁹³⁾; ma insieme raggiunge una prima e importante conferma dei limiti e del valore relativo della contrapposizione tracciata nell'art. 588 ⁽²⁹⁴⁾.

A contemplare pertanto la norma alla stregua della sua *ratio* e nel complesso del sistema, si deve riconoscere che nell'art. 588 il legislatore — avendo voluto semplicemente risolvere, come è evidente, il delicato problema della distinzione tra istituzione di erede e legato — ha avuto presente una sola categoria di disposizioni testamentarie, che in fondo è da un lato la più rilevante sotto il profilo pratico, e dall'altro l'unica suscettibile di venir interessata dal problema in parola. Ciò equivale tuttavia ad ammettere che l'art. 588, esaurendosi in quella sua funzione differenziatrice, concerne un solo specifico campo di disposizioni (direttamente attributive), ma non determina in modo esclusivo il contenuto del testamento.

41. — I risultati raggiunti confermano l'esattezza del monito di chi di recente giudicava superficiale pensare che il termine testamento esprima oggi le stesse cose che indicava una volta, in diverse anche se per noi significative esperienze giuridiche ⁽²⁹⁵⁾. In effetti, il sistema vigente spinge ad allargare notevolmente il tradizionale concetto dommatico di testamento, sino a comprendervi — secondo quanto consentito dal primo comma dell'art. 587 — ogni « disposizione » di ultima volontà avente contenuto patrimoniale ⁽²⁹⁶⁾. Si potrebbe fermare in una sinte-

⁽²⁹³⁾ GIORGIANNI, *Il « modus »*, cit., p. 225.

⁽²⁹⁴⁾ V., infatti, GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 224 ss.; ed ora CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 199.

⁽²⁹⁵⁾ NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 907.

⁽²⁹⁶⁾ Analogo orientamento sembra anticipare adesso TALAMANCA, *Successioni testamentarie* (art. 679-712), cit., p. 18-19 (preannunziando più ampi approfondimenti nel commento all'art. 587).

tica definizione questa nuova e moderna realtà del negozio, dicendo che oggi testamento è, in genere, l'atto di regolamento patrimoniale di ultima volontà ⁽²⁹⁷⁾.

Naturalmente, a voler completare un discorso sul « contenuto » del testamento, abbracciando l'intera problematica dei suoi confini, resterebbe ancora da portare l'esame sui rapporti fra il testamento stesso, come tipico negozio patrimoniale di ultima volontà, ed altre manifestazioni dell'autonomia privata che in pratica possono servire ad assolvere funzioni analoghe a quella propria del testamento (si pensi, in particolare, ai contratti a favore di terzi con prestazione *post mortem*, e specialmente alla figura della designazione del terzo beneficiario dell'assicurazione sulla vita). Ma il suggestivo tema, che implica l'esatto accertamento della rispettiva linea di demarcazione delle categorie del negozio di ultima volontà, del negozio *mortis causa* e del negozio *inter vivos*, eccederebbe l'economia dell'indagine, riguardando una questione capace di porsi in maniera sostanzialmente analoga comunque si interpreti l'art. 587, comma 1, e non può quindi venire approfondito in questa sede ⁽²⁹⁸⁾. Qui converrà, invece, fissare due altre brevi precisazioni.

Innanzitutto, all'interprete che vede l'equiparazione tra testamento e negozio patrimoniale di ultima volontà come rispondente alla logica dell'art. 587, comma 1, non può destare preoccupazione il fatto che nella forma del testamento siano idonee a venir espresse dichiarazioni le quali, pur presentando carattere patrimoniale, non risultano certo dotate d'indole propria-

⁽²⁹⁷⁾ V. la formula di ALLARA, *Principi*, cit., p. 27-28, che già in *La successione testamentaria*, I, cit., p. 15 — criticando il modo di esprimersi dell'art. 587, comma 1 — proponeva di designare il testamento come l'atto « con il quale taluno dispone... *in materia patrimoniale* ». Cfr. anche CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 57, ma sviluppando solo nella direzione dell'efficacia « obbligatoria » del testamento.

⁽²⁹⁸⁾ Ad esso sarà invece specificamente dedicata una prossima indagine.

mente testamentaria ⁽²⁹⁹⁾: se poi l'analisi dimostra trattarsi, o di meri atti giuridici *stricto sensu*, o di negozi non *mortis causa* ma (contingentemente) con semplici effetti *post mortem* ⁽³⁰⁰⁾, entrambi per definizione non rientranti nell'enucleato concetto di « disposizione » di ultima volontà (per mancanza della prima o della seconda qualifica), e perciò esclusi già *a priori* dal contenuto del testamento come « tipo » di negozio descritto dall'art. 587, comma 1.

Un cenno più specifico merita invece una disposizione, quella di « riabilitazione » dell'indegno (art. 466), talora invocata anche nella polemica contro la disposizione testamentaria « negativa », nell'implicita convinzione che essa smentisca senz'altro la possibilità di ricondurre tutte le disposizioni di carattere patrimoniale al contenuto del testamento in senso proprio ⁽³⁰¹⁾. Qui gli equivoci da dissipare si manifestano su due diversi fronti. Da un lato, è chiaro che se si dovesse realmente vedere nella riabilitazione una mera dichiarazione di sentimento, cioè di perdono ⁽³⁰²⁾,

⁽²⁹⁹⁾ V., per contro, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 317.

⁽³⁰⁰⁾ Come, in ordine agli esempi addotti, riconosce a ragione lo stesso GIAMPICCOLO, *op. cit.*, rispettivamente per le dichiarazioni di scienza in materia patrimoniale (meri atti giuridici: v. anche p. 317), e per l'accettazione di un'eredità o la dichiarazione di scelta (atti ad effetto *post mortem*: v. p. 239). Della designazione del beneficiario di un contratto di assicurazione sulla vita o in genere a favore di terzi con prestazione *post mortem* (e dei problemi connessi) si tratterà, come già accennato, in un prossimo studio; ma si può fin d'ora affermare che nemmeno da tale materia sono desumibili argomenti contrari all'interpretazione dell'art. 587, comma 1, qui accolta (anche la questione relativa alla designazione testamentaria, prevista dall'art. 1920 cpv. per l'ipotesi di assicurazione sulla vita, si risolve infatti nel dilemma, tra la costruzione della clausola come atto sostanzialmente non *mortis causa*, ma al massimo con semplici effetti *post mortem*, e il riconoscimento — alle cui soglie è giunto, senza varcarle, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 306 ss. — della sua natura di vera disposizione testamentaria).

⁽³⁰¹⁾ V. L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 54.

⁽³⁰²⁾ Così BETTI, *Appunti di diritto civile*, Milano, 1927-28, p. 100 ss.;

ovvero un atto di potere familiare ⁽³⁰³⁾, ad essa andrebbe a *fortiori* riconosciuta natura strettamente non patrimoniale, per quanto dall'atto possano derivare (come del resto da ogni atto del genere, e così per esempio da quelli di diritto familiare) anche mediate e indirette conseguenze d'ordine patrimoniale ⁽³⁰⁴⁾. Dall'altro, i termini del problema muterebbero qualora si ammettesse invece — di fronte ad una formula legislativa la quale configura la riabilitazione come dichiarazione di volontà specificamente rivolta ad « abilitare alla successione l'indegno » (art. 466, comma 1) ⁽³⁰⁵⁾ — che la funzione tipica del negozio sia esclusivamente e peculiarmente « successoria », posto che i suoi effetti appaiono destinati ad incidere direttamente e soltanto sulla vicenda successoria nel suo aspetto squisitamente patrimoniale, esplicandosi in pratica nel rimuovere un ostacolo che impedirebbe (e quindi nel rendere possibile) la vocazione

Salv. ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia*, cit., p. 40, e *La revoca*, cit., p. 322 s. Oscillante tra le definizioni in termini di volontà e di sentimento ZEHNDER, *Die Verzeihung im schweiz. Ehescheidungs- und Erbrecht*, Winterthur, 1953, p. 23 ss., 51, 90 (che — ma in presenza di una normativa diversa dalla nostra — nega ad ogni modo al perdono natura negoziale, e lo qualifica come atto giuridico in senso stretto: p. 28-29). Per il rilievo delle differenze che sul punto separano il nostro codice anche dal B.G.B., e per qualche cenno critico sulla categoria delle manifestazioni di sentimento, v. MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, cit., p. 286 ss.

⁽³⁰³⁾ Così CICU, *La filiazione*, Milano, 1927, p. 188; ora L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 167. Di un negozio « di diritto personale » parla GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 279.

⁽³⁰⁴⁾ Ciò sembra sottovalutare L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 54.

⁽³⁰⁵⁾ Nel senso che per il nostro codice la riabilitazione integri una dichiarazione di volontà avente carattere negoziale v., con persuasiva dimostrazione, CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1961, p. 79 s.; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 171 s.; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 34 s.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, cit., p. 288.

dell'indegno ⁽³⁰⁶⁾). Giacché simile inquadramento parrebbe segnalare che si è in presenza di una disposizione assommante i tratti dell'atto di ultima volontà e della patrimonialità, e pertanto di una vera disposizione testamentaria, suscettibile di ricadere nello schema dell'art. 587, comma 1 ⁽³⁰⁷⁾. Impressione che potrebbe

⁽³⁰⁶⁾ CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 3, cit., p. 79 (ma negando poi la natura di negozio *mortis causa*); L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 172.

⁽³⁰⁷⁾ Anzitutto, essendo la riabilitazione per sua natura diretta ad incidere sul fenomeno successorio, essa sembra possedere sempre e per definizione quella peculiare qualificazione oggettivo-funzionale che contraddistingue (GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 40 ss., e voce *Atto mortis causa*, cit., p. 232) il negozio *mortis causa*. Inoltre, posto che i suoi effetti appaiono esclusivamente rivolti ad «abilitare alla successione l'indegno», una volta respinta la tesi della manifestazione di sentimento (contro la quale è decisivo il rilievo che, per l'art. 466, né basta un semplice perdono, né tale sentimento è realmente richiesto, ben potendo essere altri i motivi che spingono il testatore alla riabilitazione), anche la «patrimonialità» della disposizione non sembra agevolmente contestabile (a smentire qui l'esistenza dell'esercizio di una «potestà domestica o familiare» sta, si noti, la possibilità che la riabilitazione operi nei confronti di persone che a simile potestà del testatore non sono affatto soggette: parenti sino al sesto grado e, nella successione testamentaria, anche estranei). Da questo punto di vista correttamente orientata appare quindi quella dottrina (ALLARA, *Principi*, cit., p. 134; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 174) che vede nella riabilitazione un negozio a contenuto patrimoniale *mortis causa*, anche se poi, adeguandosi alla comune interpretazione del primo comma dell'art. 587, nega che esso rientri nello schema del testamento in senso proprio, quantunque manifestato in forma testamentaria: almeno per quest'ultimo caso, tuttavia, le ragioni della differenziazione dovrebbero cadere insieme alla premessa (per i motivi già esposti, ciò non significherebbe che la disposizione — pur nell'ambito della funzione generica definita nell'art. 587, comma 1 — non possa giudicarsi dotata di una propria funzione specifica, la cui considerazione potrebbe anzi rivelarsi significativa nella valutazione di talune particolari questioni di disciplina). Residuano perciò le sole difficoltà derivanti dalla possibilità, prevista nel primo comma dell'art. 466, che il negozio di riabilitazione rivesta anche la forma del

risultare ulteriormente suffragata dal raffronto della disposizione considerata con la normativa del testamento, in quanto l'esame, ad esempio, della *ratio* degli art. 679-685, 591, 596, 633, 624 (e 626), 590, se svolto fuori di preconcetti, sembra consigliare come logicamente ma soprattutto praticamente appropriata l'estensione (diretta, o analogica) alla riabilitazione ⁽³⁰⁸⁾,

semplice atto pubblico. Al riguardo sorge un problema che qui ci si può limitare a segnalare, e sembra ad ogni modo suscettibile di due sole soluzioni: o si ritiene che la riabilitazione, ancorché fatta in atto pubblico, rimanga un negozio di ultima volontà, inaccessibile ai terzi *ante mortem*, ed allora bisognerà ammettere che in questo caso ci si trova di fronte ad « una particolare forma attenuata di testamento pubblico » (come diceva, per la revoca della revoca, GUARNERI CITATI, in *Circ. giur.*, 1940, p. 119, approvato da GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 98; sulle affatto marginali differenze di tecnica notarile esistenti fra l'atto pubblico normale e quello testamentario, e sulle importanti diversità che sotto lo stesso profilo hanno invece tratto alla distinzione tra atto di ultima volontà ed atto *inter vivos*, v., sempre per la revoca, DE MARCHI, in *Riv. notar.*, 1960, rispettivamente p. 441 s. e 443); ovvero si nega che nella fattispecie sussista pur sempre un atto di ultima volontà, e non resterà se non riconoscere in essa un'altra ipotesi di atto *mortis causa* che è consentito compiere nelle forme *inter vivos* (come si ammette, ad esempio, per la dispensa dalla collazione).

Nel senso che la riabilitazione dell'indegno costituisca una vera disposizione testamentaria, v. un generico cenno già in MELUCCI, *Il diritto di successione*, cit., p. 184; e, ma sempre molto alla lontana, FILOMUSI GUELFI, *Diritto ereditario*³, I, cit., p. 101. Ancor più genericamente CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 2^a ed., Torino, 1912, p. 401; e adesso AZZARITI-MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 3^a ed., Padova, 1959, p. 39.

⁽³⁰⁸⁾ Almeno se testamentaria; ma altrettanto sarebbe da dire per la riabilitazione in atto pubblico, ove se ne ammettesse la configurazione quale atto pur sempre di ultima volontà, sebbene a forma « attenuata » (mentre, in caso contrario, la risposta verrebbe a dipendere dalla soluzione di un problema più generale, quello del trattamento delle figure — eccezionali nel nostro sistema — di atti *mortis causa* non di ultima volontà).

delle regole dagli stessi fissate in materia di revoca ⁽³⁰⁹⁾, di capacità di testare ⁽³¹⁰⁾, di c.d. « incapacità di ricevere » del tutore ⁽³¹¹⁾, di apponibilità della condizione ⁽³¹²⁾, di vizi della volontà (e motivo illecito) ⁽³¹³⁾, di conferma della disposizione nulla ⁽³¹⁴⁾. D'altronde, l'unica residua alternativa sarebbe quella

⁽³⁰⁹⁾ Ammette la revocabilità (ma sembra solo per la riabilitazione nelle forme del testamento), GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 242; favorevoli già CHIRONI, *op. cit.*, p. 401; FILOMUSI GUELF, *op. loc. cit.* Contrari invece CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 3, cit., p. 80; CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 106-107 (però con un'importante attenuazione); L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 181, nota 75; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 167; e già N. COVIELLO, *Delle successioni, parte generale*³, cit., p. 62; Salv. ROMANO, *La revoca*, cit., p. 323.

⁽³¹⁰⁾ Soluzione pacifica: AZZARITI-MARTINEZ, *op. cit.*, p. 39; CICU, *op. cit.*, p. 106; L. COVIELLO jun., *op. cit.*, p. 175; N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 62; L. FERRI, *op. cit.*, p. 172; GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 276. Contro soltanto CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 80.

⁽³¹¹⁾ Nega l'applicabilità dell'art. 596 alla riabilitazione GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 348, nota 186, ma senza salda motivazione, e pur riconoscendo la pratica equivalenza, sotto questo profilo, della riabilitazione alle vere e proprie disposizioni testamentarie: invece appunto la *ratio* della norma sembra implicare l'estensione, giacché è evidente che gli stessi motivi, di tutela della libera formazione della volontà dell'autore della disposizione, che sussistono per vietargli di istituire erede o legatario il tutore, sussistono anche per negargli la possibilità di riammetterlo alla successione da cui sarebbe escluso per indegnità, specie posto che simile atto sia tipicamente di natura patrimoniale. Quanto all'atteggiarsi del problema in ordine agli art. 597 e 598, v. lo stesso GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 351 ss.

⁽³¹²⁾ CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 80 (e nota 106), CICU, *op. cit.*, p. 107, nota 83, e L. COVIELLO jun., *op. cit.*, p. 181, nota 75, tutti però con limitazioni (e questo è infatti uno dei casi, in cui potrebbe giocare la funzione tipica dell'atto); contro, di sfuggita, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 283.

⁽³¹³⁾ Ritiene invece rilevanti i vizi della volontà, ma non applicabile la sanzione dell'annullabilità (vi sarebbe « illegittimità » dell'atto, e quindi nullità), L. FERRI, *op. cit.*, p. 169.

⁽³¹⁴⁾ GABRIELLI, *L'oggetto della conferma*, cit., p. 1369, e nota 7, criti-

di negare in ogni caso alla riabilitazione la qualifica di atto di ultima volontà, per configurarla come negozio non *mortis causa* (ma al massimo, se espresso nella forma del testamento, con effetti *post mortem*) ⁽³¹⁵⁾, con ciò peraltro automaticamente collocandola all'esterno della tematica del contenuto del testamento in senso proprio. Sicché appare evidente che, qualsiasi prospettiva se ne assuma, la figura in parola non è in grado di contraddire la ricostruzione del significato dell'art. 587, comma 1, finora delineata ⁽³¹⁶⁾.

cando GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 216 ss., 298; per la negativa, su basi diverse da quest'ultimo a., anche CICU, *op. cit.*, p. 107, e L. FERRI, *op. cit.*, p. 169, i quali introducono però una distinzione troppo sottile, e non tengono conto del fatto che qui sono in giuoco interessi prettamente patrimoniali.

⁽³¹⁵⁾ Così GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 242, 252 (ma per giunta vedendovi, come si è detto, un negozio di diritto personale).

⁽³¹⁶⁾ Un altro dubbio potrebbe riguardare la revoca del testamento. Al proposito si affaccia anzitutto il noto interrogativo, se l'atto di revoca sia o meno *mortis causa*: impostato nei termini consueti, l'interrogativo acquista tuttavia sviluppi di mera logica formale, ed appare di per sé privo di riflessi pratici (ALLARA, *La revocazione*, cit., p. 113 ss.) idonei ad ancorare il discorso a concreti parametri normativi. Diversamente stanno invece le cose se si comincia ad esaminare la natura di atto di ultima volontà o *inter vivos* della revoca testamentaria, poiché sotto questo profilo dati di normativa notarile (di particolare importanza quelli attinenti al registro di iscrizione, all'obbligo di registrazione, alla segretezza: v. DE MARCHI, *op. cit.*, p. 443, nonché NOTARI e MERCANTINI, in *Riv. notar.*, 1950, p. 63 ss., 66 ss.) contribuiscono a persuadere che nella specie non può che trattarsi, sempre, di atto di ultima volontà, e quindi a causa di morte (sforzato, sul punto, il ragionamento di GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 79; per le posizioni della dottrina v., da ultimo, ROSSI CARLEO, *La revoca della revoca testamentaria mediante nuovo testamento*, in *Dir. giur.*, 1966, p. 150 ss., a sua volta favorevole alla tesi del carattere *mortis causa*; altri argomenti in tal senso porta, da una prospettiva funzionale, ALIBRANDI, *Sulla forma della revoca di diritto privato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1077 s.). Sorge allora l'ulteriore problema, se la revoca rientri o meno nello schema dell'art. 587, comma 1, cioè costituisca una disposizione

La conclusione è dunque che ogni disposizione patrimoniale di ultima volontà, anche se non « attributiva », ed anche se non prevista *nominatim* dalla legge, è idonea a costituire valido contenuto del testamento in conformità al primo comma dell'art. 587, purché risponda all'indicato requisito di liceità e meritevolezza di tutela.

Da tale verifica si desume fra l'altro la piena validità della disposizione testamentaria di mera esclusione. E così, sul problema specifico, l'interpretazione del dato positivo si ricongiunge agli insegnamenti dell'esperienza straniera e del nostro diritto « applicato », da cui si era partiti.

testamentaria in senso proprio, ovvero un negozio di ultima volontà a sé stante. Qui la natura di *contrarius actus* della revoca fa sembrare logicamente più attendibile la tesi che esclude detto negozio dal novero delle disposizioni appartenenti al contenuto « tipico » del testamento: in effetti, il negozio di revoca di per sé racchiude, più che una « regola » sulla sorte del patrimonio *post mortem*, la dichiarazione contraria, di voler come non più efficace il « regolamento » precedentemente formulato. Tuttavia la considerazione delle affinità funzionali (ALIBRANDI, *op. cit.*, c. 1076-1078), anche se non decisiva sul piano testé accennato, potrebbe riaprire il discorso sotto l'angolo visuale della ricostruzione ermeneutica della disciplina dell'atto di revoca: v., ad ogni modo, per soluzioni diametralmente opposte su quest'ultimo punto, ALLARA, *La revocazione*, cit., p. 131 ss., respingendo l'accostamento tra negozio di revoca e negozio testamentario, e TALAMANCA, *op. cit.*, p. 24 ss., 48 ss., muovendo invece dalla premessa che la revoca integri una disposizione testamentaria in senso proprio.

Per un accenno all'ovvia differenza esistente tra revoca di una precedente disposizione testamentaria e diseredazione, cfr. in ogni caso LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 225; ed anche DIETZ, *Erbrecht*, cit., p. 108, n. 3.

CAPITOLO III

DISCIPLINA, INTERPRETAZIONE, APPLICAZIONI DELLA DISPOSIZIONE DI ESCLUSIONE

SOMMARIO: 42. Gli effetti e il trattamento. In particolare: la disposizione di esclusione dalla « legittima »; il regime della condizione impossibile o illecita; il rapporto con le norme sulla cosiddetta « incapacità di ricevere » per testamento. - 43. Problemi interpretativi. L'esistenza della disposizione: diseredazione e dichiarazioni pleonastiche (comunicative o confermatrice di una « preterizione »); la clausola « implicita » (cenni sull'istituzione condizionale, e sulla revoca dell'istituzione, di un successibile *ex lege*). - 44. Ancora in tema di diseredazione implicita: la disposizione di parte solo del patrimonio; attribuzione e « limitazione alla legittima ». - 45. Interpretazione della disposizione « negativa ». La clausola di esclusione di « tutti gli eredi legittimi » e la successione statutale. Se la diseredazione si estenda ai discendenti dell'escluso (rapporti con la rappresentazione). - 46. La diseredazione come clausola penale testamentaria. In particolare, la clausola di « non impugnazione » del testamento, e il problema della sua validità.

42. — L'inquadramento degli effetti e della disciplina della disposizione testamentaria di mera esclusione non presenta, nelle sue linee di fondo, difficoltà.

Si è già chiarito che l'autonomo effetto della disposizione consiste nell'impedire in via assoluta la vocazione *ex lege* dell'escluso: con conseguente apertura, per il resto (e sempre che non operi al riguardo una positiva determinazione testamentaria), della normale successione legittima.

Quanto alla disciplina, essa sarà in linea di principio quella

delle disposizioni testamentarie in senso proprio, cui la diseredazione appartiene ⁽¹⁾. Così, per esempio, a quest'ultima saranno senza dubbio applicabili le norme in tema di violenza, dolo, errore (art. 624, ma anche 625) ⁽²⁾, di motivo illecito (art. 626), di revoca (art. 679-685) ⁽³⁾. Scontata poi l'apponibilità di una condizione ⁽⁴⁾, merita ancora notare, sul piano delle modalità d'impiego, che

⁽¹⁾ L'inapplicabilità di singole norme, naturalmente, potrà discendere dall'analisi della loro *ratio*, che le dimostri riferite alle sole disposizioni « attributive ». Ma per tale conclusione non sarà certo sufficiente il formale collegamento della norma all'istituzione di erede o al legato (si vedano, ad es., gli art. 624 ss., anche in rapporto all'intitolazione del capo V del titolo III), simile collegamento risultando espressivo unicamente del fatto che — come indica anche l'art. 588 — il legislatore non è andato in genere oltre un'osservazione puramente macroscopica delle forme particolari, in cui può articolarsi il « contenuto » del testamento definito nel primo comma dell'art. 587.

⁽²⁾ La tematica affrontata da F. SATTA, *Intorno all'errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie*, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, c. 269 ss. (v., successivamente, PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 358-359, nota 54, e RESCIGNO, *Interpretazione*, cit., p. 177, nota 43), è solo apparentemente riferita alla diseredazione, ma concerne in realtà, sotto lo schermo di una terminologia equivoca, ipotesi di mera « preterizione ». Lo stesso sembra sia da dire, oltre che per la sentenza commentata dal S. (Cass., 17 giugno 1947, n. 947), anche per Cass., 12 luglio 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, 1, c. 1115 s., e per Cass. Torino, 12 febbraio 1906, in *Foro it.*, 1906, I, c. 666 ss.

⁽³⁾ Invece la norma sulla c.d. « revocazione » per sopravvenienza di figli (art. 687), vede sicuramente ristretto il proprio campo di applicazione alle sole disposizioni « attributive »: TALAMANCA, *Successioni testamentarie* (art. 679-712), cit., p. 226.

⁽⁴⁾ V., in dottrina tedesca, BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht* ⁵, cit., p. 27, n. 1; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.* ¹¹, V, 1, cit., p. 345, n. 5; PALANDT-RECHENMACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch* ¹⁷, cit., § 1938, n. 2; JOHANNSEN, in *R.G.R. Komm. z. B.G.B.* ¹⁰, V, cit., § 1938, n. 4. In Francia, per tutti, KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 84; LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 664 ss.

la disposizione di esclusione può anche essere parziale ⁽⁵⁾, mentre non esige certo, per porsi validamente, la menzione di una « giusta causa » ⁽⁶⁾.

Problemi particolari, che qui danno luogo a qualche incertezza di soluzione, riguardano il trattamento della disposizione di esclusione dalla « legittima »; il regime della condizione impossibile o illecita; il rapporto tra la disposizione « negativa » e l'eterogeneo gruppo di norme, che il codice riunisce sotto l'equivoca categoria della « capacità di ricevere per testamento ».

Per la disposizione di esclusione dalla « legittima », i dubbi sono a prima vista autorizzati dal fatto che il nostro legislatore sembra individuare nella riducibilità, e non nella nullità, la sanzione tipica contro le disposizioni testamentarie « lesive della porzione di legittima ». Che però questa non sia l'unica sanzione che al riguardo trovi spazio nella normativa vigente, segnala l'art. 549 ⁽⁷⁾; e d'altra parte, se certo la disposizione « negativa » non può tecnicamente configurarsi come « peso » o « condizione » che il testatore abbia imposto (art. 549) sulla quota spettante al legittimario (con la seconda, tuttavia, non manca qualche possibile affinità effettuale), è altrettanto chiaro che l'intero sistema dell'azione di riduzione (art. 554 e seguenti) s'impernia sul presupposto che la disposizione lesiva possieda, quanto meno, carattere attributivo ⁽⁸⁾. Tutto sommato, tradizione sto-

⁽⁵⁾ Cfr., per la dottrina tedesca, gli autori cit. nella nota precedente, ed anche CROME, *System*, V, cit., p. 74 e nota 14; per quella francese, ancora KUHN, *op. cit.*, p. 80.

⁽⁶⁾ Pacifico ovunque: il contrario, come è noto, vale invece, ad es. per i codici tedesco, svizzero e austriaco, in ordine all'esclusione dei legittimari dalla legittima.

⁽⁷⁾ Per i rapporti tra le sfere di applicazione dell'art. 549 e delle norme sull'azione di riduzione, v. da ultimo, in vario senso, MENGONI, *Quota di riserva e porzione legittima*, cit., p. 21; PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, p. 118 ss.; e CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 332 ss.

⁽⁸⁾ Se peraltro si accettasse, in ordine alla disposizione di mera

rica ⁽⁹⁾ e ragioni sistematiche fanno apparire in materia preferibile, per la disposizione di mera esclusione, la soluzione della nullità.

In ordine alla disciplina della condizione impossibile o illecita apposta alla diseredazione, l'interrogativo concerne naturalmente l'applicabilità dell'art. 634. Una corrente di dottrina, anche recente, tende a restringere la portata di tale norma alle sole disposizioni « attributive » ⁽¹⁰⁾; ma gli argomenti addotti non si dimostrano convincenti. Privo di valore è, almeno per la disposizione « negativa », il richiamo alla collocazione della norma ⁽¹¹⁾, che sul punto può al massimo confermare quell'angusta ed incompleta visuale legislativa del fenomeno preso in considerazione, già denunciata dall'art. 588. Né si rivela fondato il tentativo di ricostruire la *ratio* dell'art. 634 in termini di *favor*, di rispetto per l'intento liberale ⁽¹²⁾: se così fosse, fra l'altro, sarebbe logico attendersi l'applicazione della norma anche in materia di donazione, mentre tale applicazione, non prevista dal codice, viene comunemente ed a ragione negata dalla dottrina ⁽¹³⁾. Ciò avvia a riscoprire la validità della nota prospettiva, che ravvisa nell'irripetibilità dell'atto il vero fondamento della regola sabiniana ⁽¹⁴⁾. Ma diviene allora evidente che la

esclusione, la teoria dell'istituzione implicita, è evidente che nell'ipotesi considerata non resterebbe che far capo alla soluzione della riducibilità.

⁽⁹⁾ V. *retro*, n. 10.

⁽¹⁰⁾ V., da ultimo, GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 156-157; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 45.

⁽¹¹⁾ V., invece, TALAMANCA, *op. cit.*, p. 45, ma ragionando per la revoca.

⁽¹²⁾ GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 156.

⁽¹³⁾ BALBI, *Saggio*, cit., p. 160; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 503 ss.; MESSINEO, *Brevi note sulla condizione illecita o impossibile nella donazione*, in *Giur. it.*, 1953, IV, c. 33 ss.; NATOLI, in *Commentario al cod. civ.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 439; RESCIGNO, voce *Condizione*, cit., p. 794; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 478-479.

⁽¹⁴⁾ V., ad esempio, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 656.

ratio dell'art. 634 è suscettibile di abbracciare anche l'ipotesi di disposizione testamentaria di mera esclusione.

Per quanto attiene alle norme sulla c.d. « incapacità di ricevere », infine, rileva qui ancora una volta la diversità della loro *ratio* ⁽¹⁵⁾. Intanto, a proposito degli art. 592 e 593, il problema sarebbe superato se fosse accolta la tesi che ci si trovi al cospetto di norme incostituzionali, poiché ispirate non alla tutela dei membri della famiglia legittima (in realtà difesi dall'istituto della « legittima »), ma ad un ingiustificato sfavore per i figli nati fuori dal matrimonio, i quali vengono a subire una discriminazione, un trattamento deteriore rispetto a qualsiasi estraneo ⁽¹⁶⁾. A voler nondimeno ricercare come dovrebbe comportarsi, nella perdurante vigenza di fatto degli articoli considerati, un giudice chiamato a risolvere il caso di un'esclusione testamentaria dalla disponibile del discendente legittimo (o anche, per l'art. 593, del coniuge), non accompagnata da attribuzione in favore del figlio naturale, ma ridondante indirettamente a suo vantaggio per il conseguente acquisto *ex lege* ⁽¹⁷⁾, occorre riconoscere che nes-

⁽¹⁵⁾ Su tale diversità v., per tutti, L. COVIELLO jun., voce *Capacità di ricevere per testamento*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 66-67; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 345 ss.; RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, II, p. 338 ss.

⁽¹⁶⁾ MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione*, cit., p. 120 ss.; RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere*, cit., p. 344-345.

⁽¹⁷⁾ E d'altronde certo che la limitazione prevista dagli art. 592, 593 e 595 non può in alcun caso tornare a vantaggio di successibili, che non siano quelli (a seconda dei casi, i discendenti legittimi, il coniuge, i figli di precedente matrimonio) in rapporto ai quali essa risulta stabilita. V., per una chiarissima applicazione, Cass., 22 aprile 1943, n. 958, in *Foro it.*, 1943, I, c. 628. Il meccanismo delle norme in esame è anzi tale, che una nota corrente di dottrina tende a vedervi delineate ipotesi di semplice riducibilità della disposizione: SCHLESINGER, *Osservazioni in tema di incapacità del coniuge del binubo*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 283 ss., sostanzialmente approvato da RESCIGNO, *La persona giuridica e la capacità di ricevere*, cit., p. 338, e da TORRENTE, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 30

suna delle due possibili soluzioni estreme si rivelerebbe soddisfacente. Non quella che escludesse semplicemente l'applicabilità dell'art. 592 o 593, in ragione del fatto che nell'ipotesi il figlio naturale non « riceve » per testamento, giacché in tal modo si aprirebbe una troppo facile via all'elusione della norma. Ma neppure quella che, viceversa, ne postulasse senz'altro l'estensione, giacché ciò sarebbe talora suscettibile di risolversi in un'ingiusta ed arbitraria violazione della volontà del testatore, il quale potrebbe anche aver deciso la diseredazione per gravi motivi riguardanti l'escluso, e non per favorire indirettamente il figlio naturale ⁽¹⁸⁾; d'altronde, la mancanza di giustificazione per le norme in parola nell'ambito dell'ordinamento vigente, deve quanto meno indurre al rifiuto, nei loro confronti, di ogni larghezza interpretativa. La soluzione migliore pare, allora, quella del ricorso ai principi sul negozio in frode alla legge ⁽¹⁹⁾: soluzione caso per caso, quindi, che permetterà al giudice di tenere conto dell'intero « quadro » delle circostanze particolari in cui il comportamento del testatore s'inserisce, del complesso degli interessi e dei motivi che hanno spinto il defunto alla disposizione ⁽²⁰⁾.

In termini analoghi si pone il problema per l'art. 595, che stabilisce una limitazione alla « capacità di ricevere » del co-

(a commento della contraria sentenza della Cass., 17 maggio 1965, n. 843).

Non tiene a sufficienza conto di questi dati la critica della CONTURSI LISI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 922-925, alla cit. sentenza del S. C., 22 aprile 1943, n. 958 (e alla precedente decisione di merito).

⁽¹⁸⁾ L'applicazione degli art. 592 e 593 sarebbe invece inevitabile ad accogliere la teoria dell'istituzione implicita.

⁽¹⁹⁾ Rivolge particolare attenzione agli art. 592 ss., nel procedere all'individuazione di norme suscettibili di frode, CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 196 ss., senza ipotizzare però il caso della disposizione di mera esclusione.

⁽²⁰⁾ Per una soluzione in certo senso analoga, ma con riguardo all'art. 597, e considerando un problema alquanto differente, v. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 349 ss.

niuge del binubo: anche questa norma legittima il sospetto di incostituzionalità ⁽²¹⁾; anche in ordine ad essa, comunque sia, trattandosi di disposizione testamentaria meramente negativa apparirebbe opportuno un esame sotto lo specifico profilo della frode alla legge.

Restano gli art. 596 e 597-598, che merita considerare distintamente. Per l'art. 596, che riguarda le disposizioni « in favore » del tutore (o del protutore), si mostra di nuovo inappagante l'alternativa ultima, tra un'interpretazione formalistica che porterebbe ad aggirare senza difficoltà il divieto legale, ed un'altra, non meno astratta, che costringerebbe ad invalidare la diseredazione compiuta dal pupillo, anche ove questi non abbia minimamente inteso avvantaggiare con il testamento il tutore ⁽²²⁾. Rimane preferibile la via intermedia, che consiste nell'indagare se la disposizione testamentaria negativa abbia costituito, in concreto, « il mezzo per eludere la applicazione » della norma proibitiva ⁽²³⁾.

Relativamente agli art. 597 e 598, invece, il problema si arricchisce di alcuni dati, che potrebbero anche modificarne la impostazione. Invero le due norme derogano ad una serie di disposizioni della legge notarile (si vedano gli art. 28, n. 2 e 3, 50 comma 1, 55 comma 2, 56 comma 2, in rapporto all'art. 58), le quali tra l'altro presentano una dizione così ampia — si parla di soggetti « interessati » — da sembrare riferibile ad ogni sorta di vantaggio, diretto o indiretto, che le persone considerate rica-

⁽²¹⁾ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 345.

⁽²²⁾ La questione, come si è ricordato, veniva già affrontata, ma con impostazione non persuasiva, da LOSANA, *Le disposizioni d'estrema volontà per via d'esclusione*, in Rolandino, 1905, p. 345.

⁽²³⁾ Su come una simile indagine si differenzi da quella diretta ad accertare il vizio della volontà, e per una difesa della soluzione « di specie, cioè adeguata al caso concreto », v. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 350 (pur relativamente al diverso caso esaminato).

vino dall'atto ⁽²⁴⁾. Un'esigenza di coordinamento sistematico ha già fatto ritenere che gli art. 597 e 598 stabiliscano requisiti di forma per il testamento pubblico e segreto, qualunque ne sia il concreto contenuto ⁽²⁵⁾. Qui l'interrogativo si pone in termini ancora diversi, trattandosi di vedere se la locuzione « a favore di », usata dal codice, sia da intendere alla luce di quella, più comprensiva, che si ritrova nella legge notarile. Ma in definitiva la constatazione, che lo spirito della prima normativa pare sia di attenuare il rigore della seconda ⁽²⁶⁾, dovrebbe giustificare la risposta contraria, ed aprire pur nell'ipotesi la strada ad una decisione « di specie », ove ci si trovi in presenza di una mera diseredazione.

43. — Sempre in tema di disposizione « negativa », possono talora sorgere delicati problemi d'interpretazione del testamento.

Una prima questione è suscettibile di riguardare l'esistenza stessa della disposizione. L'esempio tipico, ricavabile dall'esperienza giurisprudenziale, è quello in cui si tratta di ricercare se una data dichiarazione testamentaria vada intesa come puramente confermativa o comunicativa, in forma pleonastica, della sancita « preterizione » del successibile considerato, ovvero come contenente una sua definitiva ed assoluta esclusione dalla vicenda successoria ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Un ampio confronto tra le norme del codice e quelle della legge notarile è in ALLARA, *La successione testamentaria*, I, cit., p. 260 ss.

⁽²⁵⁾ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 351-354.

⁽²⁶⁾ V., per tutti, GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 352.

⁽²⁷⁾ La questione fu sollevata, ad esempio, nella controversia decisa da App. Firenze, 9 settembre 1954, cit., di fronte ad una clausola testamentaria iniziante con le parole « non posso mio malgrado lasciare nulla di ciò che possiedo alla mia nipote G.C. » (qui, peraltro, il testatore non aveva neppure disposto di tutti i propri beni, ma solo effettuato alcuni legati): la C., attese le circostanze che accompagnavano la dichiarazione, ne ricostruì il significato nel senso dell'esistenza di un'espressa

Ma altri dubbi ermeneutici possono, sotto l'accennato profilo, presentarsi in ragione del fatto che la diseredazione (in senso tecnico), se ovviamente non si presume ⁽²⁸⁾, nemmeno esige oggi una formula sacramentale ⁽²⁹⁾, e può quindi risultare

volontà che l'interessata fosse in ogni caso esclusa dalla successione legittima (v., per questa parte della sentenza, *Giur. it.*, 1955, I, 2, c. 751 ss., specie 755; nella stessa causa, cfr. già Trib. Lucca, 6 novembre 1953, in *Giur. tosc.*, 1954, p. 209 ss.). Un esempio d'interpretazione opposta fornisce invece Trib. Saluzzo, 10 dicembre 1952, in *Monit. trib.*, 1954, p. 130 s. (ove un'apparente clausola di esclusione dalla disponibile è stata intesa come avente in realtà valore relativo rispetto all'istituzione di altro soggetto, cioè significato meramente confermativo della preterizione). Analogamente, nella giurisprudenza francese, Cass., 12 luglio 1960, in *Sirey*, 1960, I, p. 304 (il giudizio di merito si riferiva ad un caso di testamento scritto da due coniugi sul medesimo foglio di carta, in termini identici e con reciproca istituzione a legatari universali, accompagnata da dichiarazione di diseredare tutti gli altri parenti; l'istituzione disposta dalla moglie si era poi caducata per premorienza del marito); e già C. Lyon, 29 luglio 1885, in *Sirey*, 1887, I, p. 101 s. (qui, per la C., la clausola non appariva che come «l'explication et le commentaire» dell'istituzione universale a favore di altra persona). Ma v. invece, per tutte, Cass., 19 novembre 1906, in *Sirey*, 1907, I, c. 452 s.; e cfr. anche C. Aix, 2 giugno 1943, in *Sem. jurid.*, 1943, II, 2413. In dottrina, sul tema, v. R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments*², II, cit., p. 166; BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de la caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, 1963, p. 99 ss.; LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 257; SOUM, *La transmission*, cit., p. 150-151. Da noi, discute il punto anche PINO, *La esclusione testamentaria*, cit., p. 18 ss., generalizzando però troppo una soluzione «tipica» a favore della diseredazione.

Per un altro, ma affine problema interpretativo, v. poi C. Paris, 27 gennaio 1942, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836, e l'annessa nota di VOIRIN.

⁽²⁸⁾ H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 345, n. 6; SOERGEL-EHARD-EDER, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁸, III, cit., § 1938, n. 2. Ma v. anche ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 67; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 30.

⁽²⁹⁾ ADAM, *op. cit.*, p. 61; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 199; JOHANNSEN, in *R.G.R. Komm. z. B.G.B.*¹⁰, V, cit., § 1938, n. 1; LAMBERT, *op. cit.*, p. 249; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 225.

anche nei termini di una dichiarazione « implicita » ⁽³⁰⁾. Proprio l'esame di quest'ultima ipotesi, anzi, permette d'individuare alcuni interessanti, pur se da noi poco esplorati campi di applicazione della disposizione di esclusione.

Merita segnalare fin d'ora due casi caratteristici, nei quali il problema di cui è parola può essere posto: la disposizione condizionale a favore di un successibile *ex lege*; la revoca di una disposizione positiva a favore di analogo soggetto. In ordine alla prima figura, si legittima un difficile quesito d'interpretazione negoziale, con riguardo al punto se nell'istituzione sotto condizione di persona che sia anche successibile *ex lege* debba vedersi presente un'implicita clausola di esclusione inversamente condizionata, cioè una diseredazione per il caso di mancanza della condizione sospensiva, o di avveramento della condizione risolutiva apposta all'istituzione ⁽³¹⁾. Pare evidente che un'inter-

⁽³⁰⁾ BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht* ⁵, cit., p. 27, n. 1, e in ERMAN, *Handkomm. z. B.G.B.*, cit., § 1938, n. 1; H. LEHMANN, *op. cit.*, p. 345, n. 6; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.* ⁴, V, cit., p. 45; SOERGEL-EHARD-EDER, *op. cit.*, § 1938, n. 2; per l'affermazione di principio, già O. L. G. Karlsruhe, 2 aprile 1914, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1915, c. 1141. In Francia, anche sui limiti alla ricostruzione della clausola implicita da parte del giudice di merito (che non può, sotto il colore dell'interpretazione, procedere al « rifacimento » dell'atto), v. Cass., 13 dicembre 1943, in *Sem. jurid.*, 1944, II, 2626, ed ivi il commento di VOIRIN. Più di recente, v. il delicato caso risolto in senso favorevole all'esistenza di una esclusione implicita da Trib. Philippeville, 1 marzo 1951, in *Dalloz*, 1951, *Jur.*, p. 575 ss., con nota critica di VOIRIN e LUCHAIRE (cfr. altresì il commento di SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1951, p. 541 s.), e in senso contrario da C. Alger, 26 giugno 1952, in *Dalloz*, 1953, *Jur.*, p. 65 (giudicando insufficientemente dimostrata la volontà di diseredare).

⁽³¹⁾ Non sembra avere nemmeno avvertito il problema Cass. Palermo, 28 marzo 1895, in *Foro it.*, 1895, I, c. 728 ss., al contrario di Cass. Napoli, 10 giugno 1879, in *Giur. it.*, 1879, I, 1, c. 1158. Fuori strada, a sua volta, LOSANA, *La condizione testamentaria mancata e la successione legittima*, in *Rolandino*, 1908, p. 352 s. (che pare muovesse dal presupposto, dover la diseredazione essere sempre espressa). Incerta anche la motivazione

pretazione « logica » del testamento sia destinata a condurre in non rare specie di fatto ad una risposta affermativa, giacché altrimenti l'apposizione della condizione finirebbe col risultarvi inutile ⁽³²⁾, e sarebbe frustrata la reale volontà del testatore, desumibile dalla dichiarazione ⁽³³⁾. Un discorso assai simile vale per l'ipotesi di revoca espressa dell'istituzione di un successibile *ex lege*: anche qui è possibile che, in sede ermeneutica, si giunga a cogliere nella dichiarazione di revoca un'implicita diseredazione ⁽³⁴⁾.

(negante l'esclusione) della sentenza esaminata dal L., App. Torino, 27 dicembre 1907, in *La giuris.*, 1908, p. 372 s., con nota redazionale critica.

⁽³²⁾ Così, ad esempio, avverrebbe d'ordinario nel caso d'istituzione universale, sotto condizione, del soggetto che viene per primo nell'ordo successorio legale. Diversamente nel caso d'istituzione a favore di un successibile di grado posteriore, poiché qui la volontà del testatore potrebbe essere semplicemente di dare all'istituto in forma condizionale la preferenza rispetto ai precedenti chiamati per l'eventualità del verificarsi della condizione, senza alcuna volontà di esclusione definitiva per l'ipotesi contraria. Diversamente anche nel caso d'istituzione di più successibili *ex lege*, ma qualcuno sotto condizione, ove esistano i presupposti dell'accrescimento (art. 674, e sulla rilevanza dell'eventuale inefficacia della disposizione condizionale in materia di accrescimento, SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento*, cit., p. 167 ss.), giacché qui la volontà del testatore potrebbe nuovamente interpretarsi nel senso di una mera preferenza per gli altri istituiti, e non di una diseredazione, per l'ipotesi d'inefficacia dell'istituzione condizionale.

⁽³³⁾ Il tema è stato approfondito soprattutto dalla dottrina austriaca (che fa leva anche sul § 808 A.B.G.B.): v., molto chiaramente, WEISS, in KLANG, *Komm. z. allg. bürgerl. Gesetzb.*¹, III, cit., p. 213 s.; ed inoltre KRAINZ, *System*⁴, II, cit., p. 595; PFAFF-HOFMAN, *Komm. z. öst. allg. bürgerl. Gesetzb.*, II, cit., p. 538 s. Da noi, per una decisione di specie in cui si è giunti a ravvisare nella disposizione positiva condizionale un'implicita diseredazione inversamente condizionata, cfr. la cit. Cass. Napoli, 10 giugno 1879, in *Giur. it.*, 1879, I, 1, c. 1158.

⁽³⁴⁾ Ma anche qui, naturalmente, la soluzione dipenderà in concreto dal tenore della dichiarazione e dalle circostanze che l'accompagnano,

44. — Sul piano applicativo, poi, il riconoscimento della validità, della « ricostruibilità » anche come clausola implicita, dell'autonomia effettuale della disposizione di esclusione consente di mettere a fuoco alcuni controversi interrogativi in tema di « concorso tra vocazioni », svelando la legittimità di una loro riduzione a problemi d'interpretazione del testamento.

È quanto avviene per frequenti casi di disposizioni testamentarie aventi come oggetto una parte soltanto del patrimonio del testatore. La dottrina si è ritrovata soprattutto a dibattere, fra molte incertezze, le ipotesi d'istituzione ereditaria in una quota del patrimonio senza assegnazione della parte restante, ma con espressa dichiarazione di esclusione degli eredi legittimi ⁽³⁵⁾, e d'istituzione *pro quota* di un successibile *ex lege* senza ulteriori determinazioni ⁽³⁶⁾. Però non è tuttora pervenuta ad un

non esclusa la specifica posizione successoria *ex lege* del soggetto contemplato (v. sopra, nota 32).

⁽³⁵⁾ Il dubbio, a favore di chi si apra per la parte residua la successione legittima, è risolto da GANGI, *La successione testamentaria*², II, cit., p. 10, e già *L'istituzione di erede in quote del patrimonio ereditario*, in *Rend. Ist. lomb. sc. e lett.*, 1939-40, ma ora in *La successione testamentaria*², II, cit., *Appendice I*, p. 572-573 (da cui si citerà anche in seguito), nel senso della devoluzione agli eventuali successibili non diseredati, o in ultima istanza allo Stato; contro M. ANDREOLI, *Vocazioni isolate e concorrenti*, cit., p. 328 s., e CICU, *Recensione a Gangi*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 178-179. Però il problema è impostato male da entrambe le correnti: dalla seconda, perché nega in principio la validità della disposizione di esclusione; dal Gangi, per la singolare contraddittorietà rispetto al precedente disconoscimento dell'efficacia della disposizione medesima, almeno se intesa come clausola autonoma (*La successione testamentaria*², I, cit., p. 10-11, di cui v. l'evidente incoerenza di fronte a quanto scritto in *L'istituzione di erede in quote*, cit., p. 573).

⁽³⁶⁾ Per GANGI, *La successione testamentaria*², II, cit., p. 11, e *L'istituzione di erede in quote*, cit., p. 574 s., l'erede istituito nel testamento dovrebbe considerarsi di regola escluso dalla successione legittima, sulla base della presumibile intenzione del testatore: assunto incongruente, non solo per quanto sottolineato nella nota prec., ma anche e soprat-

accordo circa la direzione soggettiva della vocazione legale riguardo alla parte non attribuita, mentre impiegando la figura della disposizione « negativa » la soluzione diventa agevole. Adirittura intuitiva, anzi, rispetto al primo caso, una volta che sia accertata la presenza di una vera e propria diseredazione dei successibili *ex lege*, accompagnata da (parziale) istituzione in favore di altra persona ⁽³⁷⁾. Ma non meno chiara, in fondo, relativamente al secondo caso, ove la questione si accentrerà nella ricerca della volontà del testatore, per stabilire se l'isolata istituzione *pro quota* fu o no intesa dal *de cuius* come contemporanea (implicita) esclusione dell'istituito dalla successione legittima ⁽³⁸⁾: non essendovi dubbio che, nell'eventualità di una risposta di fatto affermativa, l'erede testamentario non potrebbe comunque venire ammesso a concorrere nella ripartizione del residuo ⁽³⁹⁾.

tutto perché l'accennata presunzione di volontà si rivela assolutamente arbitraria. La maggioranza della dottrina, invece, vorrebbe far concorrere sempre nella successione legittima anche l'istituito, negando *a priori* il problema interpretativo (sul presupposto dell'invalidità della diseredazione): M. ANDREOLI, *Vocazioni isolate e concorrenti*, cit., p. 329 s.; CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 56, nota 105, e specie p. 71; CICU, *Le successioni*, cit., p. 148, *Successioni per causa di morte, parte generale* ², cit., p. 65, nota 27, nonché *Recensione* a Gangi, cit., p. 178 s.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 74; MENGONI, *Successione legittima*, cit., p. 22-23.

⁽³⁷⁾ Il problema si esaurirà, quindi, nell'indagine indicata *retro*, all'inizio del n. 43.

⁽³⁸⁾ Esattamente, in Germania, da ultimo Bay. Ob. L. G., 7 maggio 1965, in *N. Jurist. Wochenschrift*, 1965, p. 1965. Conforme la dottrina: v., per tutti, COING, *Erbrecht* ¹², cit., p. 201, nota 2; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 220; SEYBOLD, in *Staud. Komm. z. B.G.B.* ¹¹, V, 1, cit., p. 758-759, n. 2. Nello stesso senso, da noi, v. SANTORO PASSARELLI, *Vocazione legale*, cit., p. 201, nota 35.

⁽³⁹⁾ Da notare, però, che qualora non si rintracciasse alcun elemento rilevante ai fini dell'interpretazione nell'uno o nell'altro senso della dichiarazione testamentaria, la presenza accertata di una disposizione

Lo stesso è da dire, naturalmente, per la clausola di « limitazione alla legittima » — assai importante nella pratica — la quale con ogni evidenza si risolve in una disposizione di esclusione del legittimario dalla successione *ex lege* sulla disponibile ⁽⁴⁰⁾. Anche qui, come è ovvio, oltre che in forma espressa, l'esclusione può emergere implicitamente dal contesto del testamento in cui sia prevista un'attribuzione a favore del legittimario: ciò che a torto una nostra dottrina inclina a negare ⁽⁴¹⁾, di nuovo scostandosi dagli insegnamenti giurisprudenziale e comparatistico ⁽⁴²⁾.

positiva e la non accertata sussistenza di una disposizione negativa inevitabilmente condurrebbero alla conseguenza contraria: per la critica della tesi orientata verso una presunzione a favore della diseredazione, in passato difesa anche da qualche interprete tedesco, v. COING, *op. cit.*, p. 201, nota 2; una residua tendenza alla presunzione sembra tuttavia sopravvivere in SEYBOLD, *op. cit.*, p. 758, e in BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht* ⁵, cit., p. 145.

⁽⁴⁰⁾ Sull'ipotesi di legittimario « auf den Pflichtteil gesetzt », v. COING, *Erbrecht* ¹², cit., p. 199, 53; ed altri cenni in BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht* ⁵, cit., p. 27, n. 1; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 225, nota 6; MODEL, *Testamentsrecht*, cit., p. 52; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.* ¹¹, V, 1, cit., p. 345, n. 6; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.* ⁴, V, cit., p. 45; PALANDT-RECHENMACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch* ¹⁷, cit., § 1938, n. 2; SOERGEL-EHARD-EDER, *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁸, III, cit., § 1938, n. 2. Nella prassi germanica, la clausola è assai conosciuta: per due interessanti applicazioni giurisprudenziali, cfr. R.G., 19 maggio 1905, in *Entsch. des R.G.H. in Z.S.*, 61, 1906, p. 14 ss., e R.G., 1 agosto 1937, in *Jurist. Wochenschrift*, 1937, p. 2598 s.

Anche in Francia — dopo alcune singolari riserve affacciate in un vecchio scritto di RAYNAL, in *Sirey*, 1864, I, p. 8 — la validità della clausola è ormai pacifica: v., ad es., ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 91 ss.; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 36.

⁽⁴¹⁾ V., oltre alle impostazioni d'ordine generale cit. *retro*, nota 36, CONTURSI LISI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 466-468 (con riguardo all'ipotesi di legato di usufrutto a favore del coniuge superstite).

⁽⁴²⁾ Per il consolidato orientamento della nostra giurisprudenza, che fa in proposito sempre salva l'indagine sulla volontà del testatore, v.

45. — Due importanti questioni interpretative, che riguardano più specificamente la ricostruzione del significato della clausola di esclusione come tale, chiamano in causa i rapporti di quest'ultima, da un lato con la successione statuale (art. 586 c. civ.), dall'altro con l'istituto della rappresentazione (art. 467 ss. c. civ.).

La discussione sul primo tema è tradizionale in diritto francese. Scontato, però, che non possa avere efficacia una volontà testamentaria diretta ad escludere la stessa successione dello Stato ⁽⁴³⁾, ed egualmente pacifico che una diseredazione di « tutti i parenti », o di « tutti i familiari », ecc., produca devoluzione dell'eredità allo Stato ⁽⁴⁴⁾, il problema si appunta sul

da ultimo Cass., 21 marzo 1960, n. 580, in *Foro it.*, 1960, I, c. 568 ss. (in tema d'istituzione di un figlio nella quota riservatagli *ex lege*); e, riguardo al caso più frequentemente discusso (attribuzione a favore del coniuge superstite), Cass., 17 agosto 1963, n. 2329, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2310 ss.; Cass., 5 ottobre 1955, n. 2820, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 131; Cass., 13 aprile 1951, n. 874, in *Foro it.*, 1952, I, c. 156 s.; Cass., 5 maggio 1949, n. 1136, in *Rep. Foro It.*, 1949, voce *cit.*, n. 101.

Parte della dottrina e giurisprudenza tedesche, poi, sembra concepire quasi una presunzione (che non può, di per sé, riconoscersi giustificata) nel senso dell'equivalenza tra attribuzione testamentaria della legittima, ed esclusione dalla disponibile. V. anche, per diritto austriaco, WEISS, in *KLANG, Komm. z. allg. bürg. Gesetzb.*², III, cit., p. 213.

⁽⁴³⁾ A questa constatazione si limitano d'ordinario gli autori tedeschi: BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 27; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 199; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 225; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 345, n. 2. Per un accenno al problema interpretativo, v. PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.*⁴, V, cit., p. 45; SOERGEL-EHARD-EDER, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁸, III, cit., § 1938, n. 1.

⁽⁴⁴⁾ Il punto è stato spesso dibattuto in Francia, ove le difficoltà sono derivate dalla costruzione dell'*exhérédation* come istituzione implicita dei restanti successibili *ex lege*, che nell'ipotesi è talora apparsa implicare una valutazione della natura del titolo in base al quale l'eredità è devoluta allo Stato: v., ad ogni buon conto, per l'ormai consolidato orienta-

caso della disposizione « negativa » espressa con la formula « diseredo tutti i miei eredi legittimi », o simili. La dottrina e la giurisprudenza francesi hanno di recente ricondotto anche questo problema a quello della natura dell'acquisto dello Stato ⁽⁴⁵⁾; ma l'impostazione, pur interessante, non appare risolutiva. Vero è che, negato il carattere « ereditario » dell'acquisto in parola, e individuato il fondamento in un diritto di sovranità

mento della giurisprudenza, Cass., 5 dicembre 1923, in *Sirey*, 1924, I, p. 297 s. (ed ivi un'esauriente rassegna di SIMONNET sull'evoluzione del problema); C. Rouen, 22 marzo 1918, in *Sirey*, 1919, II, p. 102 s. (brevemente commentata da HUGUENEY, in *Rev. trim. de droit civil*, 1919, p. 550); da ultimo, Cass., 20 luglio 1943, in *Sem. jurid.*, 1943, II, 2450 (con nota di VOIRIN); Cass., 27 gennaio 1942, in *Sem. jurid.*, 1942, II, 1836 (con nota di VOIRIN). Per la dottrina, v. anche LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 312 ss., e la vecchia nota di COLIN, in *Dalloz*, 1902, II, p. 177 s.; più di recente, BUFFELAN-LANORE, *L'autonomie de la volonté*, cit., p. 464 ss.; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 56 ss.; LOUSSOUARN, voce *Legs*, in *Enc. jur. Dalloz*, III, cit., n. 20, p. 34; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*, IV, cit., p. 803; PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français*², V, cit., p. 744; RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.*⁴, III, cit., p. 690; SAVATIER, *Cours de dr. civ.*², III, cit., p. 234, 523.

⁽⁴⁵⁾ L'ampia riflessione dottrinale ha tratto origine dal « caso » giudiziario (testamento contenente la dichiarazione « j'exhèrède qui que ce soit des ayants droit à ma succession ») deciso nel senso della nullità da C. Angers, 28 gennaio 1963, in *Dalloz*, 1963, *Jur.*, p. 211 ss., con nota critica di SAVATIER; ed invece nel senso della validità dalla Cass., 3 marzo 1965, commentata da J. MAZEAUD, in *Dalloz*, 1965, *Jur.*, p. 428 ss. (mostrandosi fermamente ancorato alla teoria dell'istituzione implicita), da SPITERI, in *Sem. jurid.*, 1965, II, 14280, e da SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1965, p. 681-682; v., da ultimo, anche BUFFELAN-LANORE, *L'autonomie de la volonté*, cit., p. 466-469. Si noti che una riforma del 1958 ha modificato il testo dell'art. 768 *code civil*, ma anche la sua collocazione (avendolo tolto dal capitolo relativo ai « successeurs irréguliers », e posto in un capitolo distinto, intitolato semplicemente « Des droits de l'État »): per un difforme apprezzamento circa il significato che simile mutamento assume ai fini della qualificazione dommatica dell'acquisto dello Stato, v. i due primi scritti (di Savatier e di J. Mazeaud) testé citati.

operante sul presupposto della completa « vacanza » dell'eredità, verrebbe meno ogni ragione di nullità in ordine ad una disposizione testamentaria volta a mettere in *déshérence* i beni ⁽⁴⁶⁾; peraltro, anche da questo punto di vista, nell'improbabile ipotesi in cui dall'interpretazione del testamento risultasse che la precisa ed esclusiva volontà del *de cuius* fu invece di rendere definitivamente *nullius* il proprio patrimonio, d'impedirne tassativamente l'acquisto da parte di chiunque ⁽⁴⁷⁾, la conseguenza non potrebbe che essere la nullità totale della disposizione. Non sembra che a conclusioni diverse si debba pervenire seguendo la tesi per cui lo Stato succede a titolo ereditario ⁽⁴⁸⁾. A contemplare il problema sotto il profilo dell'interpretazione, difatti, è chiaro che in base al canone di conservazione una dichiarazione testamentaria del tipo esaminato andrebbe sempre intesa — nel dubbio — quale disposizione di esclusione di tutti i successibili *ex lege* tranne lo Stato, cioè dei parenti del testatore; restando di nuovo ferma la soluzione della nullità, per il caso di contrario esito dell'interpretazione « individuale » ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ SAVATIER, in *Dalloz*, 1963, *Jur.*, p. 212.

Sembrerebbe porsi in questa prospettiva l'art. 954 dell'*Avant-projet de code civil*, II, cit., quando stabilisce che « l'exhérédation par exclusion produit son effet même si elle entraîne la suppression de toute dévolution successorale. Dans ce dernier cas, les biens successoraux sont attribués à l'État ».

⁽⁴⁷⁾ Per una singolare fattispecie, in cui si è pervenuti ad interpretare in tal senso la disposizione testamentaria, v. Cass. franc., 17 novembre 1863, in *Sirey*, 1864, I, p. 5-9, e in *Dalloz*, 1863, I, p. 441 (con nota di THIERCELIN), confermando C. Rennes, 27 febbraio 1860, in *Dalloz*, 1860, II, p. 160. E cfr. l'altro esempio cit. da ADAM, *De l'exhérédation*, cit., p. 105.

⁽⁴⁸⁾ Sull'orientamento della dottrina italiana, v. qualche ragguaglio *retro*, n. 16, nota 42.

⁽⁴⁹⁾ Questo profilo sembra assorbire l'altro, che chiamerebbe in causa i principi della nullità parziale (o del collegamento negoziale, a considerare le varie esclusioni — racchiuse nella formula generale — come negozi autonomi). A tale ultimo ordine di idee parrebbe riferirsi, di

L'altra questione, cui sopra si è fatto riferimento, concerne l'eventuale estensione della diseredazione ai discendenti dell'escluso. Per la verità, il rapporto fra diseredazione e rappresentazione è stato visto da un'autorevole dottrina come problema di efficacia, e non di ermeneutica della clausola ⁽⁵⁰⁾. Muovendo dall'idea che la disposizione « negativa » produca l'effetto di escludere la « designazione » ⁽⁵¹⁾, se ne è dedotta l'automatica dilatazione dell'effetto ai discendenti, sulla scorta dell'asserto che « quando il rappresentante pretende di sostituire l'ascendente deve invocare anche il titolo della designazione di quest'ultimo » ⁽⁵²⁾, mentre nell'ipotesi la designazione sarebbe appunto eliminata dalla diseredazione. Però simile risultato, poco soddisfacente sul piano pratico, può essere superato ove si tenga distinto il concetto di « designazione astratta » (o « virtuale ») da quello di vocazione (intesa come effettivo concretarsi della designazione al momento dell'apertura della successione) ⁽⁵³⁾. Che la fattispecie della c.d. rappresentazione successoria (la quale, ad ogni modo, dà luogo ad una vocazione *jure proprio* dei discendenti) sia tecnicamente collegata all'elemento della designazione « virtuale », e non della concreta vocazione del c.d. rappresentato, è invero provato dalla circostanza che l'« impossibilità » per quest'ultimo di accettare l'eredità, alternativamente indicata dall'art. 467, comma 1, come presupposto della rappresentazione, sicuramente non si riferisce alla sola ipotesi di non potestà di accettare un'avvenuta vocazione ereditaria, ma anche

sfuggita, la sommaria motivazione della cit. sentenza del S.C. francese, 3 marzo 1965.

⁽⁵⁰⁾ TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, c. 749 ss. Contro L. FERRI, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 55-56.

⁽⁵¹⁾ TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria*, cit., p. 752 ss.

⁽⁵²⁾ TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 752.

⁽⁵³⁾ V., per tutti, CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*², cit., p. 47-48.

a quella d'impossibile consolidamento dell'astratta designazione in una concreta vocazione ⁽⁵⁴⁾: la premorienza e l'indegnità, ad esempio, impediscono alla persona designata dalla legge non di accettare, ma addirittura di essere vocata alla successione ⁽⁵⁵⁾. Sennonché lo stesso vale per la disposizione testamentaria « negativa », la quale impedisce la vocazione dell'escluso, ma non può eliminare l'astratta designazione contenuta nella legge ⁽⁵⁶⁾, creando così una situazione assolutamente identica rispetto ad altre fattispecie di « rappresentazione » ⁽⁵⁷⁾. Va quindi affermata la regola dell'efficacia meramente « personale » della diseredazione, e della sua non estensione *ipso iure* all'intera stirpe dell'escluso ⁽⁵⁸⁾. Naturalmente, rimane salva la possibilità che il

⁽⁵⁴⁾ Per tutti, ancora CICU, *op. cit.*, p. 62.

⁽⁵⁵⁾ L'affermazione, ovviamente, vale per l'indegnità nella misura in cui si accolga la tesi che vi ravvisa un'automatica efficacia impeditiva: v., da ultimo, in questo senso ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, cit., p. 72, e *Principi*, cit., p. 134; BARBERO, *Natura giuridica dell'indegnità a succedere*, cit., c. 843 ss.; CICU, *op. cit.*, p. 83 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 139 ss.; in senso contrario CARIOTA FERRARA, *Le successioni*, I, 2, cit., p. 159 ss.; L. COVIELLO jun., *Lezioni*, cit., p. 147 ss.; PIRAS, *Successione*, cit., p. 194 ss.; SALIS, *L'indegnità a succedere*, in *Studi in on. di F. Messineo*, I, Milano, 1959, p. 455 ss.

⁽⁵⁶⁾ Lo ha notato App. Firenze, 9 settembre 1954, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 58.

⁽⁵⁷⁾ A ragione parla in proposito d'interpretazione logica dell'art. 467, Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 254 (estendendo l'indagine sul piano « della valutazione degli interessi tutelati »).

⁽⁵⁸⁾ Così, senza esitazioni, la dottrina tedesca: BARTHOLOMEYCZIK, *Erbrecht*⁵, cit., p. 27, n. 3; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 199-200; CROME, *System*, V, cit., p. 174, nota 15; KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., p. 80; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 225; H. LEHMANN, in *Staud. Komm. z. B.G.B.*¹¹, V, 1, cit., p. 345, n. 9, e 314, n. 9; MODEL, *Testamentsrecht*, cit., p. 52; PALANDI-RECHENMACHER, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁷, cit., § 1938, n. 2; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B.G.B.*⁴, V, cit., p. 45; JOHANNSEN, in *R.G.R. Komm. z. B.G.B.*¹⁰, V, cit., § 1938, n. 3; SOERGEL-EHARD-EDER, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁸, III, cit., § 1938, n. 2. Conforme la giurisprudenza, ove costituisce indiscusso

testatore disponga validamente in modo opposto, escludendo dalla successione anche tutti i discendenti della persona contemplata ⁽⁵⁹⁾; sicché, nei casi dubbi, sorgerà quesito d'interpretazione della dichiarazione testamentaria ⁽⁶⁰⁾.

precedente la sentenza del R.G., 19 maggio 1905, in *Entsch. des R.G.H. in Z. S.*, 61, 1906, p. 14 ss., la quale — sulla base dei lavori preparatori — definì la questione nel senso che il successibile *ex lege* escluso per testamento va reputato « wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr gelebt hätte ». Per una considerazione del problema alla luce dei lavori preparatori del B.G.B. — e sulla controversia insorta riguardo ad esso nei primi tempi di applicazione del codice — v., ampiamente, già FROMMHOLD, *Über das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Enterbten nach dem deutschen B.G.B.*, in *Arch. f. bürgerl. Recht*, XII, 1897, p. 308 ss., a favore della soluzione poi accolta dal R.G., e criticando fra l'altro le obiezioni *de jure condendo* di BÄHR, *Zum Erbrecht des B.G.B.*, in *Arch. f. bürgerl. Recht*, III, 1890, p. 200. Per la giurisprudenza, v. anche R.G., 3 maggio 1913, in *Jurist. Wochenschrift*, 1913, p. 869 s.; e, da ultimo, B.G.H., 14 gennaio 1959, in *Monatsschr. f. deutsches Recht*, 1959, p. 290-291.

Una tendenza interpretativa più rigida sembra sia talora riscontrabile nella giurisprudenza austriaca: cfr. EHRENZWEIG, *System des öst. allg. Privatrechts*², II, 2, cit., p. 381; ma v. WEISS, in *KLANG, Komm. z. allg. bürgerl. Gesetzb.*², III, cit., p. 213.

Da noi, hanno abbracciato la soluzione in esame Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158, e App. Firenze, 9 settembre 1954, citate; contro, nella stessa causa, Trib. Lucca, 6 novembre 1953, pure cit.

⁽⁵⁹⁾ A torto sembra ipoteticamente dubitarne, in un *obiter dictum*, Cass., 14 ottobre 1955, n. 3158 (v. *Giust. civ.*, 1956, I, p. 255). L'illazione è invece pacifica nella dottrina e giurisprudenza tedesche appena ricordate; d'altronde non si tratterebbe, nel caso, che di una pluralità di normali diseredazioni.

⁽⁶⁰⁾ Per due interessanti applicazioni, ove il risultato ermeneutico è stato nel senso dell'estensione della *Enterbung* ai discendenti, v. la già menzionata sentenza del R.G., 1° agosto 1937, in *Jurist. Wochenschrift*, 1937, p. 2598 s. (nella specie, dal contesto complessivo del testamento si desumeva chiaramente la volontà del *de cuius* di riservare, limitando alla legittima la figlia adottiva, la parte disponibile ai propri parenti di sangue); e K.G., 19 aprile 1939, in *Deutsches Recht*, 1939, p. 1085 s. (con riferimento ad una clausola di esclusione dalla vocazione intestata dell'erede

46. — Un particolare, ma importante profilo applicativo della diseredazione, è segnalato dal suo frequente impiego come « clausola penale testamentaria ». L'esclusione, condizionata all'inservanza di un precetto, funge allora da mezzo di pressione psicologica sul successibile legittimo, per spingerlo all'adempimento della volontà del testatore ⁽⁶¹⁾.

Inserendosi nella categoria delle disposizioni testamentarie « penali », la clausola partecipa del generale problema di limiti di validità, che simili disposizioni sollevano. Si tratta di problema che solo formalmente si esaurisce nel richiamo ai principi sulla condizione impossibile o illecita, ma in realtà dà spazio a numerose sfumature, e spesso ad incertezze notevoli ⁽⁶²⁾.

Nell'ampia casistica, il maggior interesse pratico presenta la questione del trattamento da riservarsi alla clausola di disereda-

« che non fosse soddisfatto del regolamento dato alla successione dal testatore », clausola la quale, avendo come scopo la tutela del coniuge superstite ed insieme il mantenimento dell'equilibrio tra le stirpi, implicava logicamente l'efficacia « per stirpe » della diseredazione sanzionata, per la parte disponibile, a carico di chi avesse impugnato il testamento).

⁽⁶¹⁾ Per una generica definizione delle disposizioni testamentarie « penali », v. M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 331, che ne rileva la duplice funzione, preventiva e repressiva. Muovendo da un diverso punto di vista, nega invece l'unitarietà della categoria V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 154 ss.

Da notare che la nostra giurisprudenza ha spesso riconosciuta la piena ed autonoma efficacia della diseredazione, proprio di fronte a casi in cui essa risultava da una clausola penale di « decadenza »; v., ad es., Cass., 27 luglio 1931, in *Foro it.*, 1932, I, c. 370 s.

⁽⁶²⁾ V., tra le indagini specificamente dedicate al tema, M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 335 ss.; F. LONGO, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*, in *Studi giur. in on. di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, p. 183 ss.; NATTER, *Die Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen*, in *Deutsche Rechts-Zeitsch.*, 1946-1947, p. 163 ss.; ROBINEAU, *De la clause pénale dans les actes a titre gratuit*, Paris, 1896, p. 44 ss.

zione del successibile che « non accetti i termini del testamento e li discuta », o « impugni il testamento », o « rifiuti di eseguire e rispettare le ultime volontà » del testatore, « muova liti », ecc. ⁽⁶³⁾.

Non è certo questa la sede per un discorso compiuto sull'argomento, che crea difficoltà particolarmente aspre all'interprete, e la cui portata eccede ampiamente il campo di operatività della « disposizione negativa » ⁽⁶⁴⁾. Ci si limiterà, perciò, a indicare le soluzioni correnti del problema, rispetto alle quali l'indagine comparatistica svela concordanze di fondo, ma anche divergenze particolari; cercando insieme di cogliere talune scelte valutative che stanno dietro a quelle soluzioni, ed in certi casi giustificano forse qualche perplessità.

Si diceva di una concordanza, in alcune linee di fondo, delle soluzioni che il problema riceve negli ordinamenti a noi più vicini. La concordanza si manifesta su almeno due punti: il rifiuto di considerare nulle tutte le clausole di « non impugnazione »; il contemporaneo rifiuto di riconoscere ad esse efficacia in una serie di casi, la cui elencazione appare relativamente omogenea.

Il maggiore influsso è stato in materia esercitato, sulla nostra dottrina e sulla nostra giurisprudenza, dall'elaborazione francese. Questa — pur con qualche variante — gravita ormai da

⁽⁶³⁾ Il largo uso di simili clausole era già sottolineato, in Francia, da HÉMARD, in *Rev. trim. de droit civil*, 1910, p. 460 s., e 866; in Germania da F. LEONHARD, *Die Entziehungsklausel - Enterbung für den Fall der Testamentsanfechtung*, in *Jherings J.*, 66, 1916, p. 91 ss.; in Italia da F. LONGO, *op. cit.*, p. 184. Per qualche notizia sul trattamento della clausola « not to dispute will » nella *common law*, v. poi WILLIAMS, *The law relating to wills* ², cit., p. 290.

⁽⁶⁴⁾ Il problema è anzi più comunemente trattato con riferimento alla clausola di decadenza da un lascito testamentario o al legato *poenae nomine relictum*: ed è difatti in ordine a queste ipotesi che si è formata buona parte della giurisprudenza e della dottrina, a cui si farà in seguito richiamo.

tempo intorno a due idee centrali ⁽⁶⁵⁾: la distinzione tra nullità d'interesse privato e nullità d'ordine pubblico; il principio dell'« agire a proprio rischio e pericolo ». Il primo criterio porta a giudicare efficace la clausola penale quando siano in giuoco interessi meramente « privati » (l'esempio ricorrente è quello del legato di cosa altrui, per il quale si ammette il divieto d'impugnativa), inefficace quando sia invece diretta a sanare la violazione di una norma d'ordine pubblico: in quest'ultima ipotesi, poi, si annoverano i vizi di forma, l'incapacità del testatore, i vizi della volontà, ecc., ed anche la lesione della legittima ⁽⁶⁶⁾. Però, sulla

⁽⁶⁵⁾ Per una storia delle varie impostazioni ricevute dal problema in diritto francese, v. ROBINEAU, *De la clause pénale*, cit., p. 40 ss.

⁽⁶⁶⁾ V. DEMOGUE, in *Sirey*, 1932, II, p. 75; HUGUENY, in *Sirey*, 1913, I, p. 33 s.; KUHN, *L'exhérédation*, cit., p. 70 ss.; LALOU, in *Dalloz*, 1926, II, p. 54 s.; LOUSSOUARN, voce *Legs*, in *Enc. jur. Dalloz*, III, cit., n. 24, p. 35; SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1925, p. 401 ss.; e, fra i trattatisti, AUBRY-RAU, *Droit civil français* ⁶, XI, cit., p. 147 s.; R. BEUDANT, LEREBOURS-PIGIONNIÈRE e VOIRIN, *Les donations entre vifs et les testaments* ², II, cit., p. 43 ss.; COLIN-CAPITANT, *Cours élém. de dr. civ. français* ¹⁰, III, cit., p. 729; JOSSEAND, *Cours de dr. civ. français*, III, cit., p. 807; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*, IV, cit., p. 803 s.; PLANIOL-RIPERT, *Traité prat. de dr. civ. français* ², V, cit., p. 746 s.; RIPERT-BOULANGER, *Traité élém. de dr. civ.* ⁴, III, cit., p. 691. Da ultimo, fa il punto BUFFELAN LANORE, *L'autonomie de la volonté*, cit., p. 470 ss. Per diritto belga, v. ampiamente DE PAGE, *Traité élém. de dr. civ. belge*, VIII, 2, *Les testaments*, cit., p. 1410 ss.

L'art. 955 dell'*Avant-projet*, invece, prevede la nullità della diseredazione impiegata come clausola penale allo scopo d'interdire agli eredi l'impugnazione del testamento, senza distinguere a seconda del carattere della nullità invocata.

Nella dottrina italiana, per risultati sostanzialmente conformi all'orientamento francese, v. ad es. F. LONGO, *op. cit.*, p. 185 ss.; e, ma solo sotto questo profilo, anche M. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 337 s. In giurisprudenza v., fra tante, Cass. Napoli, 7 giugno 1883, in *Foro it.*, 1884, I, c. 149 ss.; Cass. Torino, 22 dicembre 1893, in *Foro it.*, 1894, I, c. 549 (usufrutto successivo); Trib. Genova, 25 agosto 1902, in *Monit. trib.*, 1903, p. 407 s. (usufrutto successivo); App. Genova, 26 giugno 1908, in *Temi gen.*, 1908, p. 526 ss. (co-

base del secondo canone, il giudizio di liceità del divieto viene riferito all'esito della lite, identificandosi gli estremi di un'azione pur sempre efficacemente sanzionata dalla clausola penale nell'impugnativa giudizialmente respinta ⁽⁶⁷⁾; sebbene, al riguardo, si sia di recente tentato d'introdurre un allentamento attraverso la sottile distinzione fra « rifiuto di esecuzione » e « richiesta d'interpretazione », ciò che qualche autore non ha mancato di stimare pericoloso, rischiandosi per questa via di svuotare di ogni significato la disposizione testamentaria ⁽⁶⁸⁾.

niuge del binubo); App. Parma, 16 aprile 1909, in *Foro it.*, 1909, I, c. 1089 (forma); Cass., 13 gennaio 1925, in *Giur. it.*, 1925, I, 1, c. 777 ss.; App. Cagliari, 17 luglio 1947, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce *Successione legittima o testamentaria*, n. 108 (usufrutto successivo); App. Milano, 4 maggio 1951, in *Temii*, 1952, p. 242 s.; Trib. Brindisi, 21 aprile 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *cit.*, n. 150 (legittima); App. Roma, 28 aprile 1959, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 2216 ss., con nota di DELLA ROCCA (incapacità a ricevere dei figli adulterini); Trib. Trani, 10 gennaio 1961, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1961, p. 398 ss. (legittima); App. Napoli, 27 luglio 1963, in *Dir. giur.*, 1964, p. 538 ss. (divieto di alienazione). Da ultimo, si è limitata ad affermare che le disposizioni testamentarie *poenae nomine* sono soggette alla stessa disciplina dettata per le condizioni, Cass., 9 maggio 1966, n. 1180, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1710.

⁽⁶⁷⁾ V. gli a. francesi cit. nella nota precedente. Da noi, nello stesso senso, F. LONGO, *op. cit.*, p. 190 ss., e, in giurisprudenza, ad es. Cass., 13 gennaio 1925, *cit.*; contro, invece, M. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 339-340.

⁽⁶⁸⁾ L'espediente è stato adottato da C. Paris, 23 febbraio 1948, in *Sem. jurid.*, 1948, II, 4258, con nota di VOIRIN (adesiva, ma attenta anche a precisare i limiti entro cui la distinzione può essere applicata); le perplessità sopra accennate si possono leggere nel commento di SAVATIER, in *Rev. trim. de droit civil*, 1948, p. 495 s.; da noi, una considerazione del problema è in RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, *cit.*, p. 25, secondo il quale — rispetto all'« esecuzione » del testamento — « il limite dell'interpretazione potrebbe essere segnato dalla coincidenza dell'interesse del successibile all'interpretazione con l'interesse del testatore all'attribuzione dell'esatto significato alla dichiarazione ». La distinzione in parola risulta più di recente ripresa da una sentenza della S.C. francese, 10 maggio

Conviene ora vedere quali particolarità, rispetto a questi risultati, che appaiono comuni anche al diritto svizzero ⁽⁶⁹⁾, offra l'esperienza tedesca. Qui risalta anzitutto un'apprezzabile tendenza verso la ricerca caso per caso del significato della singola clausola testamentaria, tendenza che conduce a porre molte questioni in termini di *Auslegungsfrage* (della volontà del defunto), ed anzi ha permesso di fissare due basilari variabili interpretative: a seconda, cioè, che lo scopo perseguito sia di autotutela della volontà del testatore, o, più ampiamente, di assicurare la pace tra gli eredi ⁽⁷⁰⁾. In sede applicativa, tuttavia, le conclusioni

1955, cit. da H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons*, IV, cit., p. 804. Nella nostra giurisprudenza, v. Cass., 10 marzo 1961, n. 543, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1510 ss., che sembra esser stata però troppo larga giudicando non incorso nella clausola penale un legittimario il quale aveva dichiarato di accettare il testamento a condizione che questo non ledesse la legittima (e, per il caso contrario, aveva chiesto in corso di causa la riduzione delle disposizioni testamentarie). Un sintomatico esempio dell'eccessiva indulgenza con cui viene talora trattato il destinatario di clausole penali testamentarie, è del resto offerto da Cass. Palermo, 4 marzo 1897, in *Rep. Foro it.*, 1897, voce *Testamento*, n. 49 (qui l'erede sfuggito alla comminatoria di decadenza aveva prima impugnato per falsità il testamento, e, riconosciuta giudizialmente l'autenticità dello stesso, aveva ancora contestato l'estensione delle disposizioni testamentarie per ambiguità della dichiarazione). Invece, nell'interessante « caso » deciso da Trib. Marseille, 5 giugno 1941, annotata da SAVATIER in *Rev. trim. de droit civil*, 1942, p. 89 s., si giudicò « manovra troppo ingegnosa per essere accettabile » il tentativo del legittimario di far accertare preventivamente in giudizio l'entità del lascito, e solo dopo prendere partito sull'esecuzione del testamento.

⁽⁶⁹⁾ V. la rassegna di GROSSEN, in *Rev. trim. de droit civil*, 1965, p. 755 (ove viene però espressa qualche critica al dominante orientamento, confermato dalla sentenza del T. F. annotata).

⁽⁷⁰⁾ V. (sulle orme della sentenza del R. G., 10 gennaio 1924, in *Jurist. Wochenschrift*, 1924, p. 1717, con nota di KIPP), BARTHOLOMEYCZIK, in *ERMAN, Handkomm. z. B. G. B.*, cit., § 2303, n. 3; COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 344 s.; JOHANNSEN, in *R. G. R. Komm. z. B. G. B.*¹⁰, V, cit., § 2074, n. 1, b; LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 319, e nota 8; NATTER, *Die Verwir-*

sono spesso simili a quelle finora esaminate: così per i vizi di forma, l'incapacità del testatore, la contrarietà al buon costume, ed anche i vizi della volontà ⁽⁷¹⁾. Vanno però segnalate due notevoli differenze: da un lato, non si dubita dell'efficacia della disposizione penale riguardante il legittimario che non accetti il regolamento dato alla successione dal testatore e chieda la legittima ⁽⁷²⁾; dall'altro, nei casi — appena accennati — in cui è negata alla clausola testamentaria l'idoneità a colpire l'erede che faccia valere una violazione di legge, l'indirizzo prevalente sembra nel senso di ritenere priva di conseguenze pure l'azione giudizialmente respinta, e sanzionata la sola impugnativa frivola,

kungsklausel, cit., p. 164; PLANCK-FLAD, *Komm. z. B. G. B.*⁴, V, cit., p. 375 s.; SEYBOLD, in *Staud. Komm. z. B. G. B.*¹¹, V, 1, cit., p. 723-724. Per due recenti applicazioni, v. *Bay. Ob. L. G.*, 21 febbraio 1962, in *N. Jurist. Wochenschrift*, 1962, p. 1060, e *Bay. Ob. L. G.*, 16 ottobre 1963, in *Monatsschr. f. deutsches Recht*, 1964, p. 152.

⁽⁷¹⁾ Incertezze sembrano sussistere solo per i vizi della volontà (nel caso in cui lo scopo del testatore risulti esser stato quello di proibire ogni controversia, per garantire la pace tra gli eredi): cfr., ad esempio, le impostazioni di COING, *Erbrecht*¹², cit., p. 344-345, e di PLANCK-FLAD, *Komm. z. B. G. B.*⁴, V, cit., p. 376; ma l'efficacia della clausola è decisamente negata, anche per queste ipotesi, da F. LEONHARD, *Die Entziehungsklausel*, cit., p. 100, e da NATTER, *Die Verwirkungsklausel*, cit., p. 166. Una tendenza più larga è seguita, in linea di principio, da KOHLER, *Das Niessbrauchsvermächtnis als Ersatz des Berliner Testaments*, in *N. Jurist. Wochenschrift*, 1947-1948, p. 364, che critica l'accostamento, compiuto da Natter, delle clausole penali testamentarie a quelle contrattuali (ai fini dell'estensione analogica del § 344 *B. G. B.*), rilevando la diversità di « situazione d'interessi ». Un tentativo di soluzione basata sull'equilibrio tra la « dittatura del testatore » e l'interesse dell'erede all'impugnativa, è poi abbozzato da LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 319.

⁽⁷²⁾ Cfr., per tutti, *K. G.*, 19 aprile 1939, cit., e KOHLER, *Das Niessbrauchsvermächtnis*, cit., p. 364; F. LEONHARD, *Die Entziehungsklausel*, cit., p. 92 ss.; SEYBOLD, in *Staud. Komm. z. B. G. B.*¹¹, V, 1, cit., p. 724.

esercitata in mala fede, cioè integrante i tratti della lite temeraria ⁽⁷³⁾.

A voler considerare le motivazioni degli orientamenti sin qui passati in rassegna, e le valutazioni d'interessi che li sorreggono, di qualcuna almeno non si tarda ad avvertire la debolezza.

Inadeguato appare, in primo luogo, il frequente richiamo alla « vera volontà » del testatore, la cui ricerca o difesa opererebbe come scriminante per l'erede che, contro il divieto, attacchi il testamento (ad esempio, per vizio della volontà) ⁽⁷⁴⁾. Quanto mai discutibile è infatti l'assunto che l'impugnativa possa servire ad attuare la volontà del *de cuius* ⁽⁷⁵⁾: essa, in realtà, assicura soltanto l'inefficacia di un atto di autonomia privo dei requisiti stabiliti per il riconoscimento normativo, non anche la « realizzazione » di una puramente ipotetica (e potenzialmente anche diversa) « vera volontà » del defunto (è questo, anzi, uno tra i capisaldi del rapporto sistematico fra annullamento e interpretazione). Intanto, però, nel caso in esame l'impugnazione viola per lo meno un'altra e questa volta sicura volontà testamentaria: quella espressa nella clausola penale ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ V., ad es., PLANCK-FLAD, *Komm. z. B. G. B.*⁴, V, cit., p. 376, opponendosi alla soluzione « secondo l'esito della lite » proposta da Oertmann (e già criticata da F. LEONHARD, *op. cit.*, p. 103-104); inoltre JOHANNSEN, in *R. G. R. Komm. z. B. G. B.*¹⁰, V, cit., n. 1, b, p. 244; NATTER, *Die Verwirkungsklausel*, cit., p. 166; SEYBOLD, *op. cit.*, p. 724.

⁽⁷⁴⁾ Su quest'idea, che ricorre spesso nella dottrina tedesca, fa particolarmente leva F. LEONHARD, *Die Entziehungsklausel*, cit., p. 97 ss.

⁽⁷⁵⁾ V. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., p. 69.

⁽⁷⁶⁾ La discussione verte, s'intende, sui casi in cui l'annullamento della disposizione impugnata lascerebbe in piedi la clausola penale. Altrettanto evidente è che, ad ogni modo, lo stesso problema sarebbe superato qualora, in sede di ricostruzione dell'intento del testatore, il comportamento considerato non risultasse compreso fra quelli sanzionati: ciò che peraltro non sembrerebbe corretto desumere dalla sola circostanza, che la clausola penale si riveli diretta ad uno scopo di « autotutela » della volontà testa-

Non più convincente si rivela, poi, l'impiego della contrapposizione fra invalidità d'interesse privato e d'ordine pubblico, nel modo in cui essa viene comunemente impostata. Qui soccorre il rilievo che, mentre in certe situazioni è lo stesso « punto di arrivo » perseguito dalla volontà testamentaria ad essere precluso dal legislatore con la norma cogente, in altre la regola negoziale di ultima volontà — pur non potendo valere per l'inosservanza di un « onere » dell'autonomia privata o per il contrasto con una « norma di protezione » — mira invece ad un risultato altrimenti raggiungibile ⁽⁷⁷⁾. In queste ultime ipotesi, che corrispondono grosso modo a quelle per cui è ammessa la conferma ex art. 590 ⁽⁷⁸⁾, proprio la piena « disponibilità » dell'interesse degli eredi all'invalidazione dell'atto fa divenire agevole l'obiezione che non si è affatto di fronte ad impugnative conferite nell'interesse pubblico, e che al contrario sono nella materia in giuoco semplici interessi privati patrimoniali ⁽⁷⁹⁾. Sicché, da questo punto di vista — atteso anche che la sanzione prevista dal testatore a carico dell'erede impugnante consiste nella mera perdita di un beneficio, di un acquisto patrimoniale a titolo lucra-

mentaria; proprio perché il testatore potrebbe aver comunque preferito la realizzazione della disposizione viziata all'applicazione delle norme sulla successione legittima.

⁽⁷⁷⁾ JEMOLO, *Interpretazione da parte degli eredi della volontà testamentaria*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 66-67 (tuttavia con esclusivo riferimento alle disposizioni illecite).

⁽⁷⁸⁾ Come è noto, però, la « confermabilità » viene talora posta in dubbio per quanto concerne le disposizioni lesive della legittima: v., per una critica di tale orientamento, GABRIELLI, *L'oggetto della conferma*, cit., p. 1426 ss. (dell'indagine, che contiene un'attenta analisi intorno alle fattispecie nelle quali può operare la conferma, va segnalata anche la parte relativa all'ipotesi di « illiceità » della disposizione: p. 1394 ss.).

⁽⁷⁹⁾ V. già ROBINEAU, *De la clause pénale*, cit., p. 91 ss.; ed ora (ma solo per certi casi) MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Riv. notar.*, 1965, p. 993 ss.

tivo — potrebbe se mai sembrare prospettabile una coincidenza tra limite all'efficacia della clausola penale, e « confermabilità » della disposizione cui si rivolge l'impugnativa ⁽⁸⁰⁾.

Per le stesse ragioni ora accennate, infine, si dimostra fuori luogo il ricorso all'idea secondo la quale, nelle fattispecie di cui è questione, verrebbe chiamata in causa la tutela che l'ordinamento assicura — anche per l'attuazione del diritto oggettivo — alla libertà individuale di agire in giudizio ⁽⁸¹⁾; idea di recente spinta all'eccesso da una sconcertante sentenza, che ha addirittura ravvisato, nel divieto testamentario di « muovere liti », un contrasto con i principi costituzionali ⁽⁸²⁾.

Determinante potrebbe invece risultare un'altra prospettiva, la quale restasse direttamente ancorata alla considerazione del rapporto che lega lo stesso testatore all'ordinamento, sotto il profilo delle condizioni, degli oneri e dei limiti imposti per l'esercizio della sua competenza dispositiva ⁽⁸³⁾. Sembra invero esatta l'osservazione che, mentre l'ordinamento non può certo tollerare la sistematica elusione delle regole fissate per il riconoscimento di un atto di autonomia privata, mediante la clausola penale un testatore avveduto sarebbe praticamente in grado di evitare l'applicazione di quasi tutte le norme del diritto testamentario. Da

⁽⁸⁰⁾ Così, in sostanza, MORELLO, *La condizione di non impugnazione*, cit., p. 996 ss., escludendo però l'efficacia della clausola anche quando si tratti d'impugnative fondate su vizi della volontà (p. 991), ovvero di disposizioni lesive della legittima (p. 987 ss.).

⁽⁸¹⁾ V., da ultimo, un cenno in MORELLO, *op. cit.*, p. 989, riferito all'azione di riduzione, ma singolarmente contraddittorio rispetto alla critica poi svolta per altre ipotesi (p. 992 s.).

⁽⁸²⁾ App. Lecce, 29 luglio 1963, in Corti Bari, Lecce, Potenza, 1963-1964, p. 263 (di cui si conosce, tuttavia, la sola massima).

⁽⁸³⁾ Un'intuizione dell'importanza di simile prospettiva sembra presente a ROBINEAU, *De la clause pénale*, cit., p. 96 (sulla scia di Bartin), ma non riceve poi corretta formulazione tecnica, né adeguati sviluppi applicativi.

questo angolo visuale si delinea realmente la possibilità che la clausola in parola urti contro l'ordine pubblico; ma nel contempo affiora, probabilmente, l'esigenza di differenziare tra i vari « limiti » legislativi, in base alla loro *ratio* ed alla loro natura.

A parte i casi in cui il legislatore non vuole in linea di principio che sia raggiunto un determinato « punto di arrivo » (si pensi alla contrarietà della disposizione testamentaria al buon costume), parrebbe allora inevitabile negare efficacia alla clausola penale ogniqualvolta si tratti di scalzare un requisito indispensabile alla validità « intrinseca » del testamento: come, ad esempio, le condizioni di forma, la capacità di testare, i requisiti attinenti alla regolare formazione della volontà negoziale ⁽⁸⁴⁾. Ma una soluzione diversa potrebbe invece valere riguardo a quelle ipotesi, nelle quali è stabilito un limite « quantitativo » al potere di disposizione del testatore per la tutela d'interessi patrimoniali di soggetti estranei all'atto: laddove tali soggetti sono dalla clausola penale semplicemente posti nell'alternativa di eseguire il testamento o d'incorrere nella sanzione prevista, ottenendo tuttavia il soddisfacimento dei diritti loro garantiti dalla legge; e specie allorquando è lo stesso ordinamento a segnalare l'assenza di elementi di disvalore in siffatta alternativa, e ad ammettere la possibilità che il testatore realizzi per altra via analogo risultato. Così, in particolare, sembra sia da dire per la clausola di esclusione dalla « disponibile » del legittimario che non si accontenti dell'assetto testamentario della successione e pretenda la legittima, che dovrebbe apparire pienamente efficace soprattutto di fronte al riconoscimento normativo del legato in sostituzione di legittima (art. 551), ed alla previsione dell'art. 550 (c. d. « cautela sociniana »): sempre che, in proposito, restino configurabili

⁽⁸⁴⁾ Qui, naturalmente, la questione si porrà solo nei casi in cui, a seguito dell'impugnativa, con la disposizione principale non sia destinata a cadere (come d'ordinario) anche la clausola penale.

specie di fatto capaci di sfuggire al diretto inquadramento nelle norme accennate ⁽⁸⁵⁾.

Per quanto riguarda i casi in cui non può essere ammessa l'operatività della clausola penale, ad ogni modo, il giudizio d'inefficacia parrebbe da restringersi in funzione dell'accertamento della reale mancanza della condizione richiesta per la validità dell'atto, venendo nell'ipotesi contraria meno, insieme alla necessità d'im-

(85) È quanto negava (rifiutando la comune interpretazione dell'art. 917 *code civil*) LAMBERT, *De l'exhérédation*, cit., p. 693 ss., nel sostenere la perfetta validità, ma l'inutilità della clausola in questione. Sennonché v., da ultimo, un quadro della dottrina e giurisprudenza francesi in BUF-FELAN LANORE, *L'autonomie de la volonté*, cit., p. 471 ss. (ove è ricordato anche un primitivo orientamento della giurisprudenza — continuato poi da alcune corti di merito — nel senso dell'attribuzione di efficacia alla clausola).

Da noi, a proposito della c.d. « cautela sociniana », e sull'ambito di applicazione dell'art. 550, v. PUGLIATTI, *Sulla così detta cautela sociniana*, negli *Scritti giur. in on. di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 591 ss. (ripubblicato in *Diritto civile*, cit., p. 629 ss.); e adesso CASTELLINI, *Usu-frutto e nuda proprietà eccedenti la disponibile (art. 550 c. c.)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 12 ss. Per l'inefficacia della clausola penale contro il legittimario che agisca in riduzione, tuttora M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., p. 337, e MORELLO, *La condizione di non impugnazione*, cit., p. 988 ss. (con il solo limite della lite temeraria); nonché, in giurisprudenza, le già cit. sentenze di Trib. Trani, 10 gennaio 1961, e di Trib. Brindisi, 21 aprile 1954 (si rifaceva al criterio dell'esito della lite Cass. Palermo, 28 dicembre 1922, in *Monit. trib.*, 1923, p. 305).

Da notare che la soluzione dell'invalidità (o inefficacia) della disposizione esaminata implicherebbe la conseguenza per cui, accertata giudizialmente la lesione dei diritti del legittimario, questi potrebbe ottenere la legittima libera, e nel contempo trattenere il lascito (o concorrere alla successione sulla disponibile): v., infatti, la vecchia decisione di C. Paris, 17 marzo 1877, in *Sirey*, 1877, II, p. 167, confermata da Cass., 6 maggio 1878, in *Sirey*, 1878, I, p. 320; e DE PIRRO, *Contributo alla dottrina della legittima*, in *Riv. it. scienze giur.*, XXI, 1896, p. 238 s.

pedire l'elusione della norma, il motivo che impone il disconoscimento di una volontà testamentaria di per sé meritevole di tutela. Il principio secondo cui l'erede agisce a proprio rischio e pericolo, in effetti, sembra garantire un equo contemperamento tra l'interesse del testatore alla non impugnazione del negozio, e le già accennate esigenze d'ordine pubblico. Piuttosto, la considerazione che la clausola penale testamentaria sottintende in sostanza un precetto, l'imposizione di un obbligo all'erede, dovrebbe indurre a stimare sanzionato il solo inadempimento « imputabile »: prospettiva che non coincide con quella che vorrebbe colpito dalla pena privata soltanto il comportamento racchiudente gli estremi della lite temeraria, ma potrebbe quanto meno aprire nel caso concreto la strada alla rilevanza di circostanze giustificatrici della condotta dell'erede (ad esempio, sotto il profilo dell'errore di diritto scusabile), nonché all'esclusione — come regola — della responsabilità per fatto non proprio ⁽⁸⁶⁾.

(86) V. il caso deciso — interpretando restrittivamente la disposizione testamentaria, nel senso della rilevanza della sola « impugnativa strettamente personale » — da App. Napoli, 4 giugno 1928, in *Monit. trib.*, 1929, p. 222 (impugnazione proposta dal tutore della figlia minorenni del *de cuius*). Superfluo aggiungere che decisiva resta, nell'individuazione del comportamento sanzionato dalla clausola penale, la ricostruzione della volontà testamentaria: v., per due applicazioni, Cass., 13 giugno 1961, n. 1317, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 913 ss. (irrilevanza dell'impugnativa contro una vendita eseguita dall'esecutore testamentario senza poteri), e App. Torino, 27 maggio 1929, in *Monit. trib.*, 1929, p. 775 s. (inapplicabilità della sanzione all'erede che, senza contestare le disposizioni tutelate dal divieto testamentario, chiedeva ai coeredi il rendiconto della gestione, la consegna dei beni, e nel frattempo faceva istanza per misure conservative).

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 5
------------------------	--------

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELLA DISEREDAZIONE

1. - Il moderno dibattito sulla « diseredazione »: motivi, oggetto, termini	pag. 9
2. - Orientamento realistico della giurisprudenza e posizione scettica della dottrina circa la validità di una disposizione testamentaria di mera esclusione. Le alternative in sede di costruzione della figura	» 12
3. - Impostazione secondo il principio « <i>exclure, c'est instituer</i> ». I due aspetti « interni » della teoria e le possibili obiezioni	» 16
4. - a) Testamento <i>per relationem</i> e « rinvio » alla legge	» 18
5. - b) La presunta « dichiarazione implicita di volontà » in rapporto all'intento effettivo del testatore	» 23
6. - Limiti e insufficienza della formula sotto il profilo pratico-funzionale. Necessità di una costruzione autonoma della disposizione d'esclusione	» 27
7. - L'insegnamento dell'esperienza straniera: soluzione del problema nella dottrina e giurisprudenza dei Paesi di <i>civil law</i>	» 30
8. - Le prospettive aperte dalla teoria della « disposizione testamentaria negativa ». Il rifiuto dei giuristi italiani. Ragioni per un approfondimento del discorso	» 43
9. - Superamento di una pregiudiziale al riguardo: l'argomento storico contro l'ammissibilità dell'« esclusione » testamentaria. Significato dell' <i>exheredatio</i> e del suo processo di limitazione in diritto romano; estraneità rispetto alla problematica del testamento « negativo »	» 50

10. - La « diseredazione » tra il diritto intermedio e le codificazioni pag. 54
11. - La disposizione di mera esclusione di fronte al *droit coutumier*, al sistema del Code Napoléon, a quello del nostro codice civile. Reversibilità dell'argomento storico . . . » 60

CAPITOLO II

LA DISPOSIZIONE NEGATIVA NELLA TEORIA DEL TESTAMENTO

12. - Le resistenze nella nostra letteratura giuridica all'ammissione del testamento « negativo »: presupposti ideali, elementi di tradizione, appigli normativi. L'incerto significato dell'art. 457 c. civ. e la debolezza dei tentativi di risolvere unicamente sulla sua base il problema della diseredazione. I temi da affrontare pag. 69

SEZIONE I

IL RAPPORTO TRA TESTAMENTO E VOCAZIONE LEGITTIMA

13. - Il dogma della « preminenza » della successione legittima: portata sistematica e implicazioni pratiche. Le origini: la controversia sul fondamento della successione legittima, la reazione alle esasperazioni individualistiche e la teoria della « tutela dell'interesse superiore della famiglia ». Limiti ideologici della concezione e sintomi di un nuovo orientamento nella nostra dottrina pag. 74
14. - Critica del dogma: i postulati logici da rivedere. Preliminare inconsistenza della contrapposizione (basata sull'asserita identità di fondamento dei due tipi di successione *ex lege*) tra questione di « precedenza » e questione di « preminenza » nell'esegesi dell'articolo 457 c. civ. » 84
15. - Vocazione legale e famiglia. Le indicazioni offerte dalla posizione sistematica della c. d. successione necessaria: carattere « individuale » della legittima e sua destinazione alla tutela dei membri di un nucleo familiare ristrettamente inteso » 88
16. - Estraneità di una protezione dell'interesse della famiglia come istituto d'importanza sociale al fondamento della successione intestata. Il concetto moderno di « famiglia » . . . » 99
17. - Critica della distinzione (in funzione dell'interesse - privato o pubblico - tutelato) tra norme « suppletive » e norme « dispositive » » 108

18. - La collocazione delle norme sulla vocazione legittima nel sistema; gli altri dati normativi; i precedenti; l'interpretazione giurisprudenziale	pag. 119
19. - La visuale del rapporto tra vocazione legale e testamento nel pensiero giuridico tedesco e francese	» 122
20. - I corollari del dogma e le conseguenze pratiche del rigetto: in tema d'interpretazione del testamento; di concorso « apparente », nella medesima persona, di vocazione testamentaria e vocazione legale	» 127
21. - Le incidenze in tema di possibili « contenuti » testamentari, e di disposizione « negativa »	» 136

SEZIONE II

IL CONTENUTO DEL TESTAMENTO

22. - Altre possibili riserve contro la validità della disposizione « negativa », legate ad una stretta problematica di « contenuto » del testamento	pag. 140
23. - Autonomia privata e diritto successorio	» 141
24. - Le contestazioni della teoria generale del negozio in rapporto alla disciplina positiva	» 143
25. - Conciliabilità con l'individuazione del testamento quale atto di autonomia, sul piano della tipologia della realtà sociale	» 147
26. - Un avvio recente al completo distacco del testamento dalla zona dell'autonomia privata	» 151
27. - Un'accentuazione: la riduzione del testamento a semplice presupposto (di fatto) di effetti meramente legali	» 156
28. - Gli argomenti logico-formali. Critica	» 161
29. - Analisi dei dati normativi che contraddirebbero (e invece non smentiscono) la « negozialità » del testamento	» 168
30. - Senso e limiti di un richiamo alla categoria del negozio giuridico di fronte al codice vigente. Dal concetto classificatorio al concetto interpretativo-normativo: il ragionamento per analogia, l'art. 1324, il criterio della compatibilità	» 177
31. - Il principio ricavabile dall'art. 1322, comma 2, e la « tipicità » in materia di negozi patrimoniali. Discussione della regola del numero chiuso delle disposizioni testamentarie	» 185
32. - In particolare: la « coazione del tipo » e i negozi unilaterali	» 192
33. - L'unità del testamento in senso proprio, come « tipo » di negozio, e l'autonomia delle singole disposizioni (che, nell'ambito della funzione descritta dall'art. 587, comma 1, possono anche essere « innominate »)	» 196
34. - Riflessi della clausola dell'« interesse meritevole di tutela » in tema di controlli sull'esercizio della libertà testamentaria	» 204

35. - Limiti immanenti all'autonomia negoziale (in genere, o <i>mortis causa</i>), dignità dell'interesse privato, e diseredazione	pag. 214
36. - L'assunto della natura esclusivamente « attributiva » del testamento. Spunti critici. Pregiudiziale irriducibilità della figura definita nell'art. 587, comma 1, allo schema dell'atto di disposizione in senso tecnico »	222
37. - Contenuto del testamento e attribuzione patrimoniale: l'esame del materiale normativo non conferma la tesi « attributiva » »	227
38. - Altra casistica in tema di disposizioni non attributive . . . »	231
39. - Il concetto di « disposizione » nella definizione dell'art. 587, comma 1. Analisi del linguaggio legislativo. La « disposizione » testamentaria come regola »	238
40. - Significato relativo della contrapposizione tracciata dall'art. 588 »	243
41. - Esigenza, per il sistema vigente, di un allargamento della nozione di testamento ad atto di regolamento patrimoniale di ultima volontà. Conclusioni sul contenuto del testamento. Ammissibilità della disposizione « negativa » »	246

CAPITOLO III

DISCIPLINA, INTERPRETAZIONE, APPLICAZIONI DELLA DISPOSIZIONE DI ESCLUSIONE

42. - Gli effetti e il trattamento. In particolare: la disposizione di esclusione dalla « legittima »; il regime della condizione impossibile o illecita; il rapporto con le norme sulla cosiddetta « incapacità di ricevere » per testamento pag.	255
43. - Problemi interpretativi. L'esistenza della disposizione: diseredazione e dichiarazioni pleonastiche (comunicative o confermative di una « preterizione »); la clausola « implicita » (cenni sull'istituzione condizionale, e sulla revoca dell'istituzione, di un successibile <i>ex lege</i>) »	262
44. - Ancora in tema di diseredazione implicita: la disposizione di parte solo del patrimonio; attribuzione e « limitazione alla legittima » »	266
45. - Interpretazione della disposizione « negativa ». La clausola di esclusione di « tutti gli eredi legittimi » e la successione statutale. Se la diseredazione si estenda ai discendenti dell'escluso (rapporti con la rappresentazione) »	269
46. - La diseredazione come clausola penale testamentaria. In particolare, la clausola di « non impugnazione » del testamento, e il problema della sua validità »	275

UNIVERSITA' DI TORINO
PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE II)

- I - VASSALLI F. FRANCHI L., *G. P. Chironi* - 1928 L. 500 —
- II - DULIO E., *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco* - 1928 . . . » 600 —
- III - GROSSO G., *Efficacia dei patti nei « bonae fidei iudicia »* - 1928 (esaurito)
- IV PASSERIN D'ENTREVES A., *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna* - 1929 (esaurito)
- V - DULIO E., *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico* - 1929 » 600 —
- VI - GROSSO G., *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* - 1930 (esaurito)
- VII EINAUDI M., *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche* - 1930 (esaurito)
- VIII - CHIAUDANO M., *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII* - 1930 (esaurito)
- IX - AGOSTI G., *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il « Consilium Callimachi »)* - 1930 » 400 —
- X - DE BERNARDI M., *Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri « Delle cause della grandezza delle città »)* - 1931 » 800 —
- XI - BALLADORE PALLIERI G., *I « principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili » nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale* - 1931 (esaurito)
- XII FERROGLIO G., *La condizione giuridica delle confraternite* - 1931 » 600 —

- XIII - TREVES R., *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento* - 1931 - (esaurito)
- XIV - ALBERTI A., *Alberto Radicati di Passerano (Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del Sec. XVIII)* - 1931 L. 1000 —
- XV - COMBA M., *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico* - 1931 (esaurito)
- XVI - EINAUDI M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America* - 1931 (esaurito)
- XVII - BIZZARRI D., *Il documento notarile guarentigato (Genesi storica e natura giuridica)* - 1932 (esaurito)
- XVIII - LARGU V., *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica* - 1932 (esaurito)
- XIX - BALLADORE PALLIERI G., *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui* - 1932 (esaurito)
- XX - GUALAZZINI U., *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo (Contributo alla storia del diritto del lavoro)* - 1932 » 1000 —
- XXI - MONACO R., *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale* - 1932 . (esaurito)
- XXII - PASSERIN D'ENTREVES A., *Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale)* - 1932 (esaurito)
- XXIII - BODDA P., *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo* - 1933 (esaurito)
- XXIV - PREDELLA C., *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato* - 1934 (esaurito)
- XXV - DE CASTRO D., *Metodi per calcolare gli indici della criminalità* - 1934 » 800 —
- XXVI - TREVES R., *Il diritto come relazione. (Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo)* - 1934 (esaurito)

- XXVII - MAIORCA C., *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria* - 1934 L. 1200 —
- XXVIII - BOBBIO N., *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* - 1934 (esaurito)
- XXIX - BOBBIO N., *Scienza e tecnica del diritto* - 1934 (esaurito)
- XXX - CROSA E., *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto* - 1935 » 600 —
- XXXI - MARCHELLO G., *Il problema critico del diritto naturale* - 1936 (esaurito)
- XXXII - MONACO R., *I conflitti di legge in materia di cambiale* - 1936 (esaurito)
- XXXIII - RODDI C., *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano* - 1936 » 1200 —
- XXXIV - MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma* - 1937 (esaurito)
- XXXV - *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza* (Relazione del Prof. Mario Ricca Barberis) - 1938 » 400 —
- XXXVI - BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto* - 1938 (esaurito)
- XXXVII - PIRAS S., *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile* - 1938 » 600 —
- XXXVIII - ALLARA M., GRECO P., GROSSO G., MONTIEL A., RICCA-BARBERIS M., *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile* - 1938 » 1000 —
- XXXIX - RICCA-BARBERIS M., *L'evizione nella vendita giudiziale* - 1938 (esaurito)
- XL - RICCA-BARBERIS M., *La garanzia per evizione nella permuta* - 1939 (esaurito)
- XLI - DEIANA G., *I motivi nel diritto privato* - 1939 (esaurito)
- XLII - CANSACCHI G., *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate* - 1939 (esaurito)
- XLIII - PUGLIESE G., *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale* - 1939 (esaurito)

- XLIV - ARNO' C., *L'alienazione della cosa legata* - 1939 (esaurito)
- XLV - LEONI B., *Il problema nella scienza giuridica* - 1940 (esaurito)
- XLVI - DI PACE P., *Il negozio per relationem* - 1940 (esaurito)
- XLVII - PIERANDREI F., *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica* - 1941 (esaurito)
- XLVIII - CORRADO R., *Il negozio di accertamento* - 1942 (esaurito)
- XLIX - MARCHELLO G., *Studi sul concetto di oggettività sociale* - 1942 L. 800 —
- L - BALBI G., *Saggio sulla donazione* - 1942 . (esaurito)
- LI - LEONI B., *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto* - 1943 (esaurito)
- LII - BODDA P., *La dispensa amministrativa* - 1943 (esaurito)
- LIII - FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato* - 1943 (esaurito)
- LIV - GIUSIANA E., *Decadenza e prescrizione* - 1943 (esaurito)
- LV - PIACENZA S., *Saggio di un'indagine sul dolo specifico* - 1943 (esaurito)
- LVI - SAVINO M., *La subordinazione nel rapporto di lavoro* - 1944 (esaurito)
- LVII - RICCA-BARBERIS M., *Acquisito per ritrovamento o invenzione* - 1945 (esaurito)
- LVIII - BERTO G., *Studi preliminari sulla trasformazione delle società* - 1945 (esaurito)
- LIX - FERROGLIO G., *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa* - 1946 » 1000 —
- LX - SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto* - 1947 (esaurito)
- LXI - CORRADO R., *La pubblicità nel diritto privato - Parte generale* - 1947 (esaurito)
- LXII - TREVES R., *Diritto e Cultura* - 1947 . . » 800 —
- LXIII - BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* - 1949 . . . » 2500 —

- LXIV - SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato* - 1949 L. 3000 —
- LXV - EINAUDI L., *Scienza economica ed economisti nel momento presente* (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino) - 1950 » 400 —
- LXVI - RICCA-BARBERIS M., *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare* - 1950 » 400 —
- LXVII - GORINO-CAUSA M., *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani* - 1950 » 450 —
- LXVIII - FEDELE A., *Possesso ed esercizio del diritto* - 1950 » 1500 —
- LXIX - ENRIETTI E., *Il contratto per persona da nominare* - 1950 » 3500 —
- LXX - CORRADO R., *Studi sul licenziamento* - 1950 » 900 —
- LXXI - TREVES G., *Le imprese pubbliche* - 1950 » 900 —
- LXXII - BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* - 1950 » 600 —
- LXXIII - BALBI G., *Le obbligazioni propter rem* - 1950 (esaurito)
- LXXIV - BENEDETTO M. A., *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il risorgimento* - 1951 » 800 —
- LXXV - PROVERA G., *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* - 1951 » 1000 —
- LXXVI - BURDESE A., *Studi sull'ager publicus* - 1952 » 1000 —
- LXXVII - OFFIDANI A. M., *Contributo alla teoria della posizione giuridica* - 1952 » 1000 —
- LXXVIII - BENEDETTO M. A., *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa* - 1953 » 2500 —
- LXXIX - OFFIDANI A. M., *La capacità elettorale politica - Studi preliminari* - 1953 » 1200 —

- LXXX - CASETTA E., *L'illecito degli enti pubblici* - 1953 (esaurito)
- LXXXI - OFFIDANI A. M., *Studi sull'ordinamento giuridico speciale - Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina* - 1953 L. 2000 —
- LXXXII - PROVERA G., *Contributi allo studio di iusurandum in litem* - 1953 » 1000 —
- LXXXIII - RICCA-BARBERIS M., *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale* - 1954 » 700 —
- LXXXIV - GORINO-CAUSA M., *Sui regolamenti in diritto canonico* - 1954 » 1200 —
- LXXXV - DI ROBILANT E., *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico* - 1954 . . » 1500 —
- LXXXVI - COTTA S., *Gaetano Filangieri e il problema della legge* - 1954 » 1200 —
- LXXXVII - VITTA E., *Conflitti interni ed internazionali - Saggio comparativo* - Volume primo - 1954 . » 1700 —
Volume secondo - 1955 » 2000 —
- LXXXVIII - SACCO R., *Il potere di procedere in via surrogatoria - Parte Generale* - 1955 » 2300 —
- LXXXIX - COTTA S., *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino* - 1955 . (esaurito)
- XC DI ROBILANT E., *Direttiva economica e norma giuridica* - 1955 » 900 —
- XCI - GALLO F., *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano* - 1955 » 1500 —
- XCII - BURDESE A., *La nozione classica di naturalis obligatio* - 1955 » 1300 —
- XCIII - GORINO CAUSA M., *Mutamenti costituzionali e territoriali e sopravvivenza dei concordati* - 1956 » 1000 —
- XCIV - SCHLESINGER P., *La petizione di eredità* - 1956 » 2000 —
- XCV - CORDERO F., *Studi sulle dottrine generali del processo penale - Le situazioni soggettive nel processo penale* - 1956 » 2500 —

- XCVI - BENEDETTO M. A., *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi nello stato sabaudo - A proposito della questione dotale di Filiberta di Savoia* - Nemours, 1957 L. 1800 —
- XCVII - VITTA E., *Le riserve nei trattati* - 1957 » 1400 —
- XCVIII - GORINO-CAUSA M., *Aspetti giuridici della libertà della Chiesa* - 1957 » 1000 —
- XCIX - MARAZZI A., *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario* - 1958 » 1500 —
- C - RICCA-BARBERIS M., *Trattato della garanzia per evizione - Parte generale* - 1958 » 2200 —
- CI - VITTA E., *Studi sui trattati* - 1958 » 1100 —
- CII - GALLO F., *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi* - 1958 » 2000 —
- CIII - PROVERA G., *La pluris petitio nel processo romano* - I. *La procedura formulare* - 1958 » 1500 —
II. *La cognitio extra ordinem* - 1960 » 1100 —
- CIV - MARAZZI A., *I territori internazionalizzati* - I - 1959 » 1700 —
- CV - GAVAZZI G., *Delle antinomie* - 1959 » 1600 —
- CVI - MAFFEO L., *I vizi della volontà nell'ordine sacro* - 1960 » 2000 —
- CVII - CATALANO P., *Contributi allo studio del diritto augurale* - I - 1960 » 6000 —
- CVIII - PIVANO S., *Precarie e livelli* - 1962 » 1000 —
- CIX - DAL PIAZ C., *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative* - (in corso di stampa).
- CX - FERRARI C., *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego* - 1962 » 3000 —
- CXI - CONTE G. A., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* - 1962 » 2600 —
- CXII - PROVERA G., *La vindictio caducorum - Contributo allo studio del processo fiscale romano* 1964 » 3500 —

- CXIII - BARUCCHI A., *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia* - 1964 . . . L. 3000 —
- CXIV - ORUSA L., *Le strade pubbliche - I. Proprietà e classificazioni* - 1964 . . . » 5000 —
- CXV - LEDDA F., *Il rifiuto di provvedimento amministrativo* - 1964 . . . » 3500 —
- CXVI - DI ROBILANT E., *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia* - 1964 . . . » 2300 —
- CXVII - LAZZARO G., *Storia e teoria della costruzione giuridica* - 1965 . . . » 3200 —
- CXVIII - PIVANO S., *Scritti minori di storia e storia del diritto con una notizia biografica dell'Autore a cura di MARIO E. VIORELLI* - 1965 . . . » 6000 —
- CXIX - CATALANO P., *Linee del sistema sovranazionale romano - I* - 1965 . . . » 3600 —
- CXX - BERTOLINO R., *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa* - 1965 . . . » 4500 —
- CXXI - MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano* - 1965 . . . » 2600 —
- CXXII - LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica della legge* - 1965 . . . » 2000 —
- CXXIII - LONGO M., *Normazione professionale ed ordinamento giuridico statale (contributo allo studio delle fonti del diritto dell'economia) - Parte prima - Introduzione* - 1966 . . . » 2300 —
- CXXIV - MICCO L., *Lavoro ed utilità sociale nella costituzione* - 1966 . . . » 4200 —

TESTI INEDITI O RARI

- I - BOTERO G., *Delle cause della grandezza delle città*. Ristampa dell'edizione principe del 1588 a cura del dott. M. DE BERNARDI - 1930 . (esaurito)
- II - La « Glossa torinese », e le altre Glosse del MS. D. III 13 della Biblioteca Nazionale di Torino. A cura del dott. A. ALBERTI, con tre tavole fuori testo - 1933 L. 1500 —
- III - *Rendiconti mercantili inediti del cartolare di Giovanni Scriba*, pubblicati con introduzione e commento dal dott. G. ASTUTI, con cinque tavole fuori testo - 1933 » 600 —
- IV - GENTILIS A., *De juris interpretibus (Dialogi sex)* a cura di G. ASTUTI con prefazione di S. RICCOBONO - 1937 » 1600 —
- V - CAMPANELLA T., *Aforismi politici* a cura di L. FIRPO - 1941 » 2500 —
- VI - BERARDI S. C. - *Idea del governo ecclesiastico* - a cura di A. BERTOLA e L. FIRPO - 1963 . . . » 2700 —

MISCELLANEA

- I - BRONDI V., *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, con prefazione di SANTI ROMANO - 1934 (esaurito)
- II - SOLARI G., *Studi storici di filosofia del diritto*, con prefazione di LUIGI EINAUDI - 1949 . . » 2500 —
- III - SEGRE' G., *Scritti vari di Diritto Romano*, con prefazione di GIUSEPPE GROSSO - 1952 . . . » 4000 —
- IV - JANNACCONE P., *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie* - Vol. primo - 1953 . . » 3500 —
Volume secondo - 1954 » 3500 —

- V - DUSI B., *Scritti giuridici* a cura di Piero Schlesinger - Due volumi - 1956 . . . L. 8000 —
- VI - SOLARI G., *Filosofia del diritto privato* - I - *Individualismo e diritto privato* - 1959 . » 3000 —
- VII - OTTOLENGHI G., *Scritti vari di diritto internazionale*, con prefazione di RICCARDO MONACO.
Vol. primo - 1959 . . . » 2500 —
Vol. secondo - 1960 . . . » 3500 —
- VIII - ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale* - 1960 . . . » 2800 —
- IX - PIERANDREI F., *Scritti di Diritto Costituzionale*, con prefazione di LEOPOLDO ELIA - Tre volumi - 1965 . . . » 13000 —

*Ultimato di stampare il 30 - 12 - 1966 presso lo Stabilimento Poligrafico Editoriale
(S. P. E.) di C. Fanton - Torino - Via Avigliana, 21 - Telefono 70.651*
